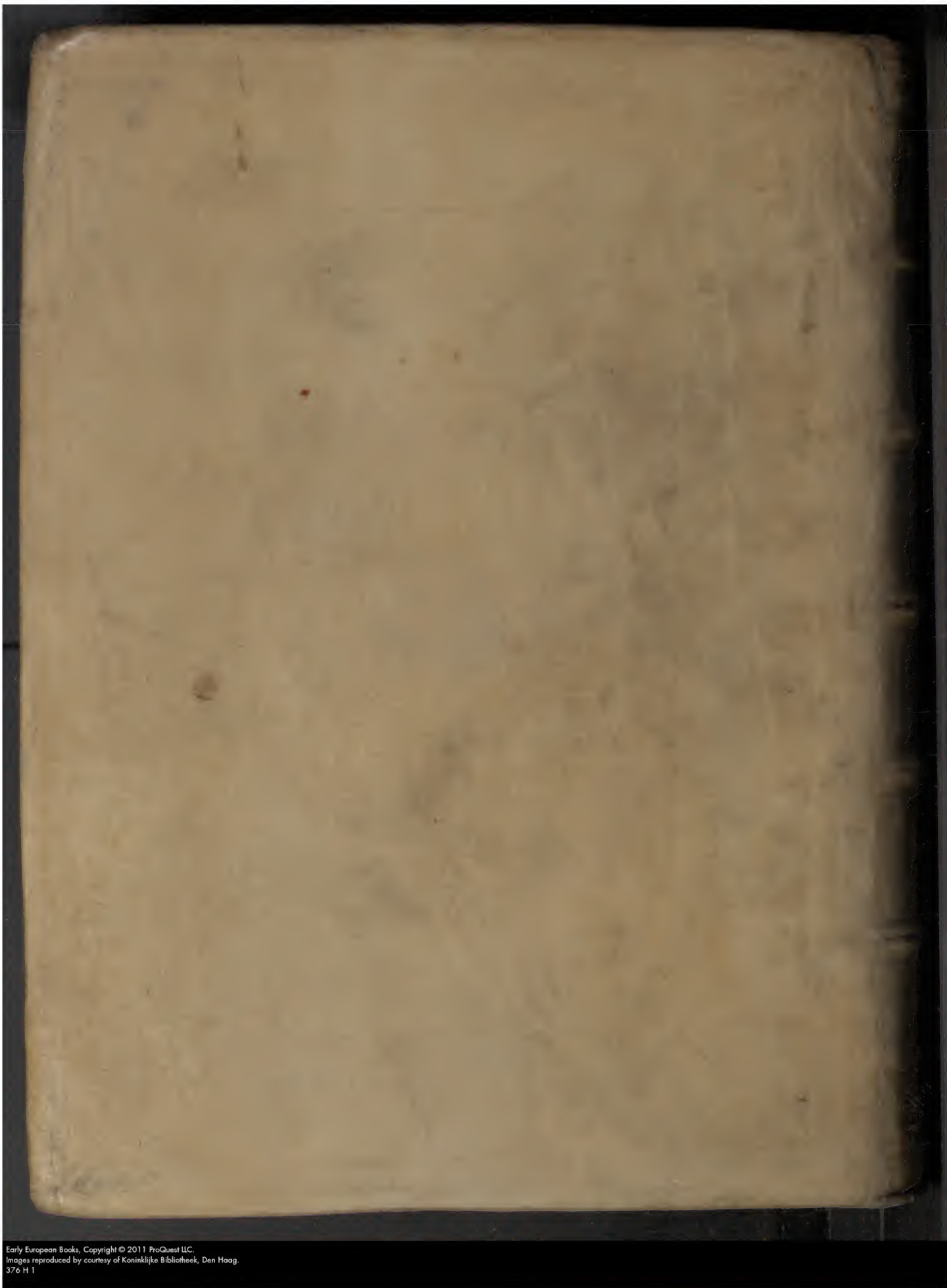
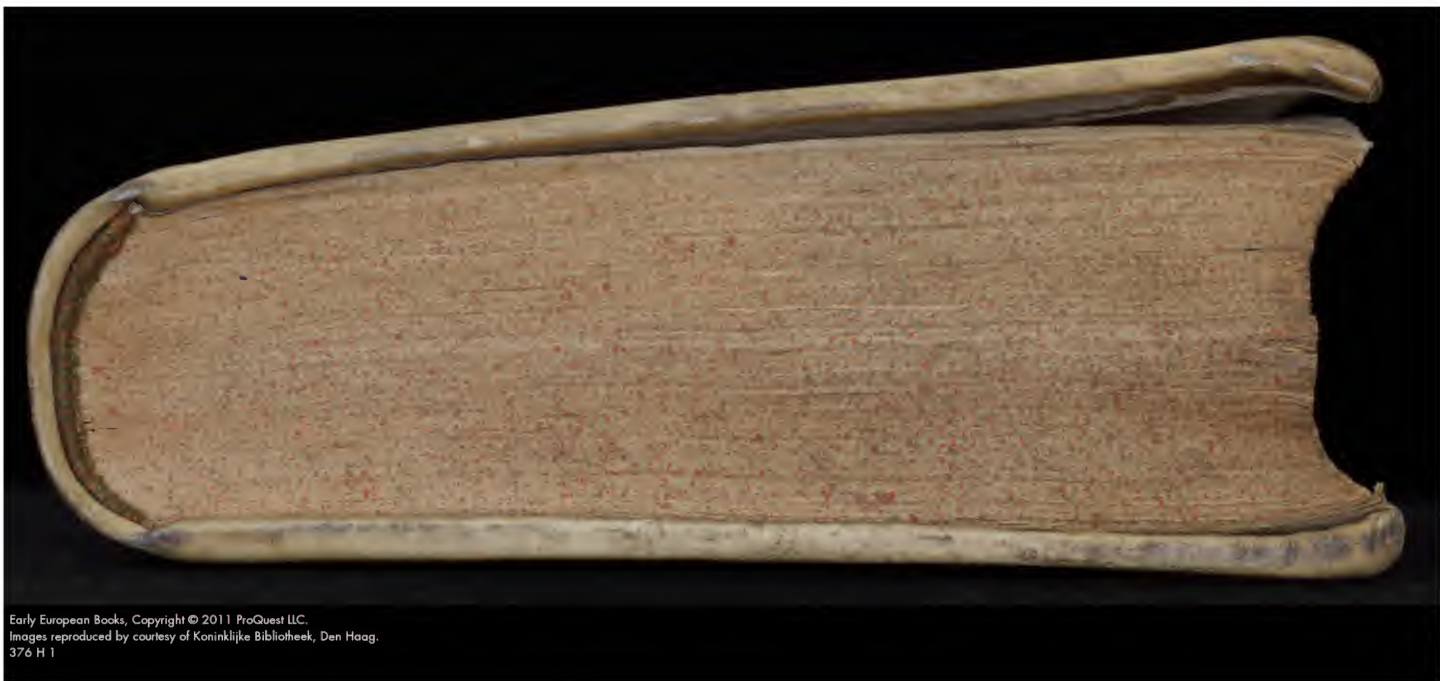




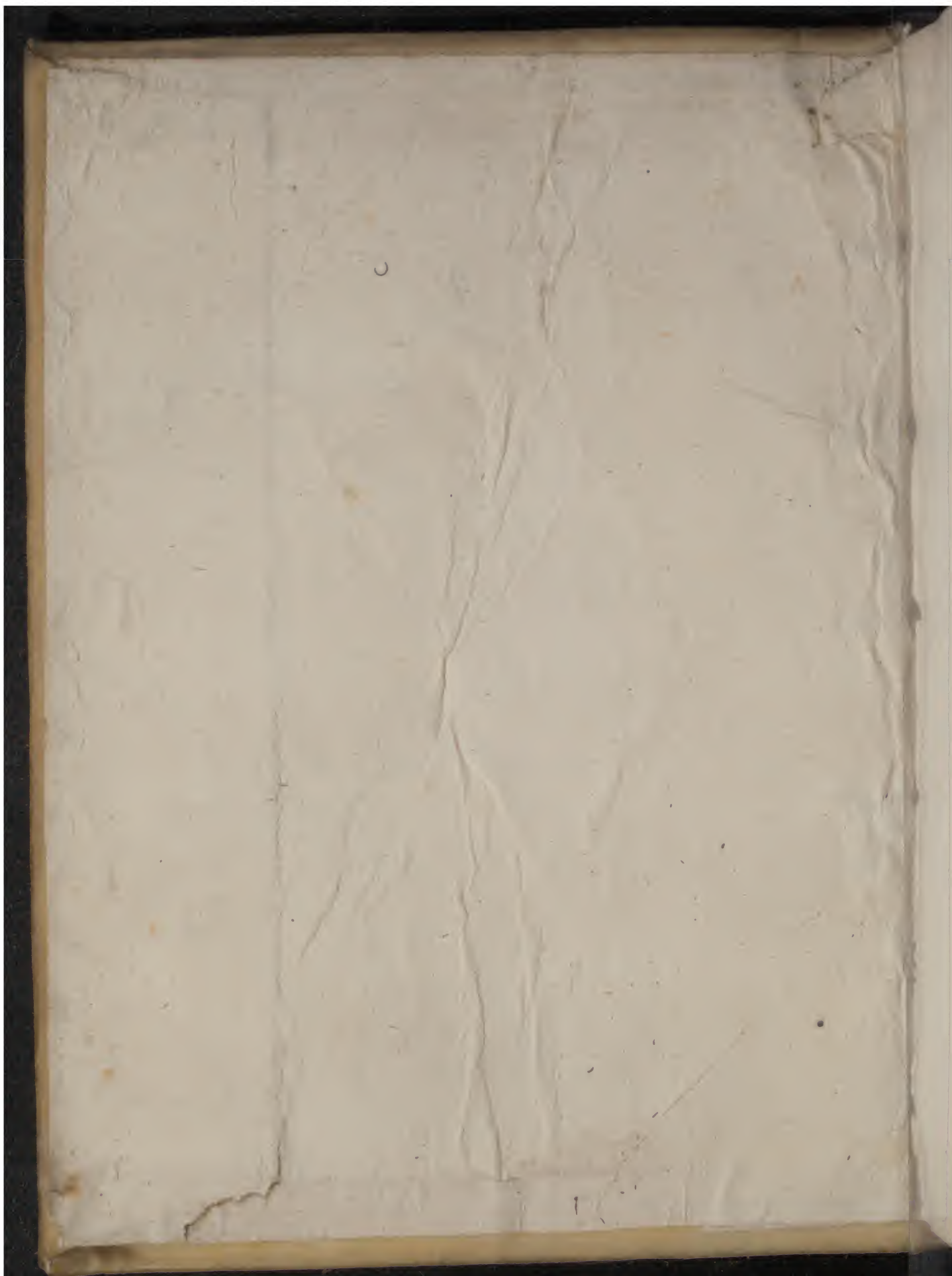
Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
376 H 1



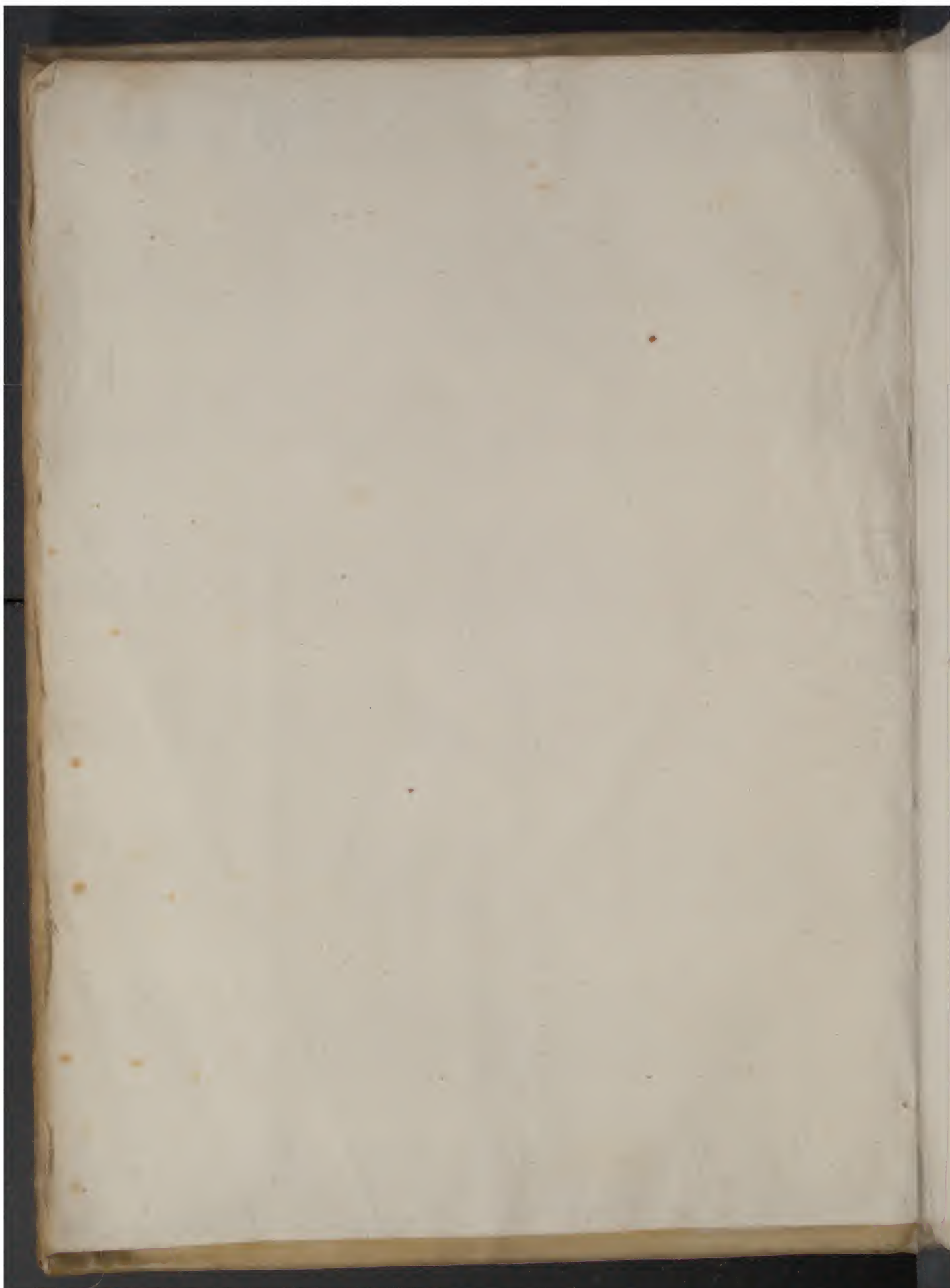


Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
376 H 1

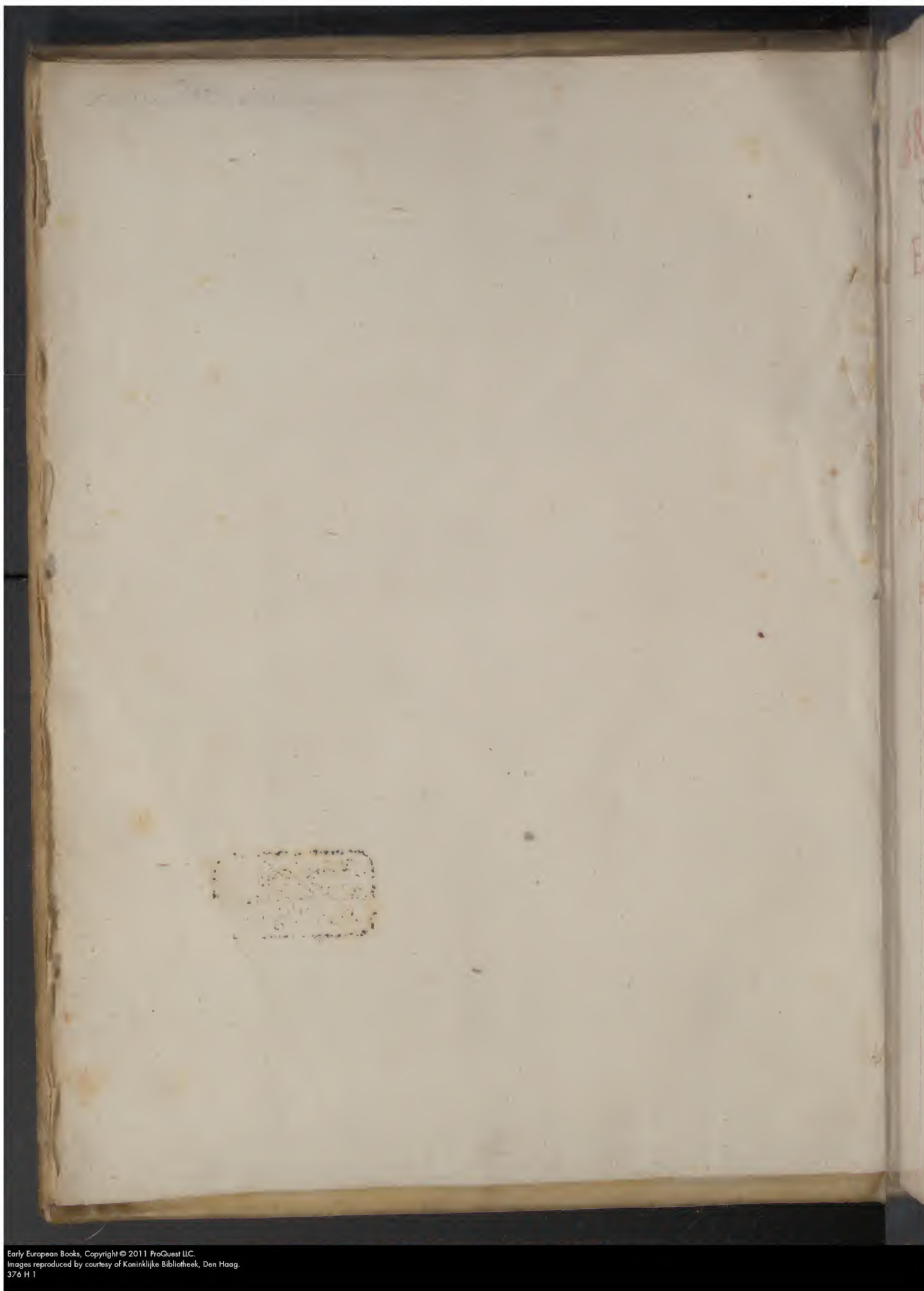




XIV c. 103



Ex libris Al. Philipp



EVERARDI
BRONCHORST

DAVENTRIENSIS, I.C.

ENANTIOΦΑΝΩΝ

CENTVRIÆ SEX,

ET

CONCILIATIONES EORVNDem:

*Ab ipso Authore recognita, & amplius quam tertia
parte aucta & locupletata.*

ACCESSIT BREVIS TRACTATVS,

DE

PRIVILEGIIS STUDIOSORVM,

nam Professorum & Doctorum,

EODEM AVTHORE.



*Koninklijke
Bibliotheek
te 's-Hage.*

LVGDVNI BATAVORVM

Ex officinâ **IACOBI MARCI,**

Typographi Collegij Ill. Ordinum.

CL. L. CXXI.

THE HISTORY OF THE

REIGN OF

CHARLES THE FIRST

BY



IN TWO VOLUMES

THE SECOND VOLUME

1650

Nobilissimis, Prudentissimis, & Amplissimis Viris :

D. IOHANNI DE DVVENVOORDEN;
Domino de Duvenvoorden & Voorschoten :

D. ROCHO AB HONERT, Supremæ Curix Se-
natori primario:

D. ADRIANO PAVVV, Equiti, ciuitatis Amster-
damensis Syndico, Academia Leydensis CVRATORI-
BVS.

Eorundemque Collegis

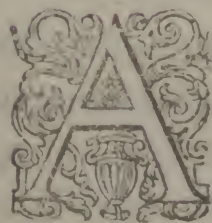
D. ANDREÆ VESANEVELT.

D. IACOBO BROUCHOVEN Rijnlandix
Quæstori,

D. IACOBO CORN. DE LEEUSVELT,

D. DANIELI SIMONIS AB ALPHEN

*Quæstori, ciuitatis Leydensis CONSVLIBVS, Do-
minis & Mæcenatibus suis reue-
renter colendis.*



RTARXERXES PERSARVM REX.
Viri Ampliff. existimans non minus Re-
giam maiestatem decere & humanitatem,
parua benignè alacriterque accipere, quam
magna largiri, cum sibi iter facienti rusticus quidam ac
plebeius homo, vtrâque manu haustam è profluente
* 2 aquam

aquam (quia nihil habebat aliud) obtulisset, hilari vultu accepit, munus non usu rei oblatae, sed studio & amore dantis & offerentis metiens. Et LYCVRGVS minimi sumtus sacrificia SPARTÆ ideo constituit, vt DEVM immortalem honorandi & colendi semper in promptu esset copia. Hoc consilio ego quoque hoc tenuae munusculum ac strenam hanc offero vobis Viri Ampliss. & Nobiliss. D. Curatores, & Coss. Prudentissimi. Quod si ex sua aut vestra dignitate aestimetur, perexiguum est, si ex viribus meis, mediocre, si verò ex animo, & propensa voluntatis meae erga vos affectione & testificatione censeatur, magnum judicabitur. Offero inquam & exhibeo vobis Centurias sex ἐναλίοφαιων, seu legum in specie & apparenter pugnantium conciliationes, easque ex repetita praelectione, seu accurata recognitione sub vestro patrocinio in lucem emitto. In quibus difficillimas & praecipuas vniuersi juris civilis controversas quaestiones, quanta potui breuitate collegi, & omnibus discussis pugnantium & dissidentium legum & rationum nebulis, veritatem singularum quaestionum solidis argumentis & textibus confirmaui, falsasque & erroneas sententias dilucide ac succinctè refutaui.

Nam cum primae editionis Centuriarum, cuncta exemplaria penitus essent distracta (quantumuis ea non solum in hac Academia, sed etiam in Germania, puta Hannoniae & Oppenheimij in Palatinatu à diuersis Typographis essent excusa) eaque prospero per DEI benignitatem successu, plurimis Iurisprudentiae studiosis, in omni-

in omnibus ferè Belgij, Germaniæ, Galliæ, & Italiæ
Academiis, perquam grata, accepta & vtilia euenisse sæ-
pius intellexissem, secundis curis, prius editas Centurias,
quanta fieri potuit cura ac sedulitate, in Iurisprudentiæ
studioforum gratiam & commodum, hac editione sub
incudem reuocare, ac plus quam tertia parte augere & lo-
cupletare, nec non amplius quam trecentis obiectioni-
bus & solutionibus amplificare sum conatus.

Cæterum vt studiosi quoque intelligant quid amplius
à me in hac secunda editione Centuriarum præstitum
sit, quidve primæ editioni adiectum & additum; ita ha-
beant, primò me in singulis quæstionibus & assertioni-
bus subiunxisse, quid communi Doctorum opinione
sit receptum & vsurpatum. Quæ communes Doctorum
opinionēs & sententiæ magnam vim & auctoritatem in
foro & iudiciis merentur. Siquidem in consulendo &
iudicando rarissimè à communi & recepta Doctorum
opinionē receditur, nisi certa & manifesta lege, vel eui-
denti ratione ex iure deprompta refutetur. Non facile
enim, vt inquit IC. Paulus *in l. minimè 23. ff. de legib.* nec
temerè ab eo receditur, quod certam semper habuit in-
terpretationem. Præclarè vt multa alia, scriptum reliquit
OLDENDORPIVS, Est aliquid cum multis sentire, vbi
res est dubia & controuersa, nec constat certa ratione er-
rorem subesse. Præterea subiunxi in hisce repetitæ præ-
lectionis Centuriis, quanam sententia iudicando con-
sulendo & pronuntiando, tum in suprema curia imperii
Germanici, nec non in diuersis Galliæ Parliamentis, tum

in sacro consilio Neapolitano, præterea in decisionibus
Pedemontanis Archiducatus Sabaudia, denique in Illu-
stri curia Hollandia & Zelandia obseruata sit & recepta.
Sic non solum studiosi intelligent, quid in theoria, seu
in scholis obtineat, sed etiam addiscent & cognoscent,
quid in praxi & vsu forensi in præcipuis juris controuer-
siis sit receptum & approbatum. Practica enim, vt di-
cebat BALDVS in cap. 1. de feud. sine culp. non amit. est
optima legum intellectu, & ab antiqua praxi non est
recedendum. per l. illud 13. ff. de excus. tuto. Idem Bald.
dicit in c. ex tenore. ex. de testib. quod leges sapiunt, cum
practicantur, & tum fructus ex arbore colliguntur. Præ-
terea vulgatum iamque vsu tritum & receptum est ada-
gium, quod leges in scholis deglutuntur, in foro, curia
& palatiis digeruntur, in scholis discuntur, in foro intel-
liguntur. Nam practica est scientia digestiua, & vbi
Theoricus desinit, ibi incipit practicus, referente celeberrimo
IC^o Catelliano Cotta in Memorabilibus iuris, in
verb. Practica. Porro hæc Centurias à me & amplius
quam tertia parte auctas & locupletatas vobis Ampliss.
D. Curatores, & Prudentiss. D. C o s s. dedico & offero;
quorum beneficio & fauore hæc mihi facta est gratia, vt
post xxxiii. annorum Professionem à me in hac Aca-
demia pro virili nauatam & exultam, iam tanquam
emeritus miles, factus sim Professor Iuris honorarius.
Imitati in eo estis felicissimi & optimi Imperatoris,
Diui Hadriani exemplum, qui Doctores professioni
sue parum habiles, vt puta senectute aut morbo grau-
tos,

ros, ditatos, honoratosque à professione dimisit, & rude donavit. Itaque quodcunque id est studij & lucubrationis, quod in vestro fundo quasi conceptum & natum est, imò magna ex parte productum & expolitum, vt beneuolis animis & propensis suffragijs, id diuulgari sub auctoritatis vestrae clypeo, tutela & patrocinio sinatis, omnibus votis & obnixè contendo.

Et quibus porrò potissimum melius æquiusque hosce meos labores dedicare debeam, vtpote cum sitis studiorum & literatorum singulares & eximii fautores, patroni & Mecænates. Tu enim imprimis Vir Nobilissime, Domine à DU VENVOORDEN, Curator primarie, & inter Equestri Ordinis viros huius Prouinciæ præcipue, optimè & humanissimè erga studiosos & literatos es affectus, secutus honestissimi & Nobilissimi parentis tui vestigia, qui Nobilium nomine in prima inauguratione huius Academiae interfuit & præfuit. Deinde te etiam Clariss. & Doctissime D. Curator ROCHE AB HONERT meritò & summo iure inter præcipuos nostræ Academiae patronos & Mecænates agnoscere & recensere debeo, qui Iurisprudentiæ studiis fœliciter in hoc celeberrimo Athenæo operam fidelem nauasti. Vnde etiam dignissima laborum & studiorum tuorum præmia consecutus, in supremum Curia Hollandiæ, & Zelandiæ Senatum summo cum honore coöptatus & allectus es, eiusque Senatus coryphæus & antesignanus meritò haberis, legumque & æquitatis acerrimus defensor ab omnibus vno ore prædicaris & celebraris. Denique

que Clarissime & Doctissime D. Curator P A W I, Eques
& I. V. Doctor, quomodo te non inter primos huius
Academiae fautores & Mecœnates recenseam, utpote
qui non solum in eodem Lyceœo magno cum fructu &
honore Iurisprudentiæ studia excoluisti, verum etiam
supremum Doctoris gradum summa cum laude es ade-
ptus. Vnde & dignos meritosque laborum tuorum fru-
ctus consecutus, ad honorabile munus, videlicet patriæ
Syndicatum vocatus & electus es, eamque tuis saluberri-
mis consiliis & deliberationibus foeliciter regis & admi-
nistras. Taceo quod magna cum laude & dexteritate
functus es splendida Legatione nomine Illustrum Do-
minorum Ordinum Fœderatarum Prouinciarum Bel-
gij, ad Potentissimum & Serenissimum Regem Daniæ
& Norwegiæ, vna cum Generoso D. Comite à Culen-
burch, & aliis Clarissimis Viris. In quâ Legatione præ-
clare & egregiè partibus tuis es defunctus, atque re benè
gesta arbitrio Illustrum Dominorum Ordinum abun-
dè satisfacisti, & magnis honorificisque donis & mune-
ribus à Rege exornatus, summa cum laude in patriam es
reuersus. Vos itaque Ampliff. D. Curatores & C o s s.
Prudentissimi, (quorum ductu & auspiciis hæc Acade-
mia tam foeliciter viget & floret, ut eius laus atque fama
ad extremos vsque Christiani orbis terminos sit diffusa)
hunc meum librum Iurisprudentiæ studiosis perutilem,
aduocatis atque causarum patronis non infructuosum,
hilari & benigna fronte suscipite, memoriq̃ue & grato
animo agnoscite. Ego vicissim vestri nominis cultor,
fautor

fautor laudator & admirator, dum viuam, & spiritus
hos regat artus ero & permanebo.

Valete interim Curatores Ampliff. & Consules Pru-
dentiff. & diu consilio, prudentia & auctoritate Acade-
miæ huic fœliciter, moderante D E O, Opt. Max. duce &
auspice superstites viuite, meque vestro patrocinio & fa-
uore tueri & defendere non dedignemini D E V S Opt.
Max. Amplit. vestras Ecclesiæ Orthodoxæ, Reipub. &
Florentissimæ nostræ Academiæ bono diutissimè inco-
lumes: Saluas florentes, atque fœlices in hac vita tueatur
& conseruet, in cœlis verò æterna gaudia benignè largia-
tur.

Data Lugduni-Batauorum Anno Domini
C I O I O C X X I. Februarij.

*Vestræ Amplit. & dignitati addictissimus
& obsequentissimus,*

EVERARDVS BRONCHORST IC.
Dauentriensis.

★ ★

Iustitia.

Iustinia. in No. 44. de Tabellionibus.

Nihil in rebus humanis est usque adeò semotum ab omni controuersia, tametsi maximam cum iustitia conjunctionem habeat quod dubitationem & controuersiam non recipiat, si subtiliter animi curas intendas.

Iustinia. in l. 2. §. contrarium x I. C. de vet. Iur. enuel.

Contrarium autem aliquod in hoc Codice positum, nullum sibi locum vindicabit, si quis subtili animo diuersitatis rationes excuitat. Sed est aliquod nouum inuentum, vel occultè positum, quod dissonantiæ querelam dissoluit, & aliam naturam inducit, discordiæ fines effugientem.

D V A R E N V S.

Nunquam lex legi contraria est, quia si diuersum j^{us} esset, alterum ab altero abrogaretur. Antinomia hæc *ἡ περί-
σπασιν* dicitur, quando leges inter se non natura, sed circumstantia pugnant.

*Fortunius Garfias in tract. de expensis cap. 23.
num. 15. & 16.*

Existimo *αντινομίας* nomen illa responsa mereri, quæ eandem habent facti speciem, personarum easdem circumstantias, easdem temporis qualitates, easdem juris rationes. Quod si diuersum argumentum sit, aliæ personæ, diuersa, non contraria dicam. Etiam si vulgus contraria dicat, quicquid quoquo modo dissideat. Ego sanè personas, factum, locum, tempus jusque aspicio in utroque responso, si quando antinomiam propositam inquirō. In secundo genere, ubi diuersa species facti est, variæ circumstantiæ, sunt plura *ICtorum* responsa, quæ *αντινομίας* nomen minimè merentur, plura conciliauit Zazius de *Αντινομίας* post

post Budæum, quem ipse refert. Estque hodie integer tractatus de *αντινομίαις*, de quibus ita judico, ut ferè totum jus hoc nomine notare possis, si utcunque dissidentes leges protinus *αντινομίας* appellatione notaueris, gloriosam laudem quæsiturus, aut auram popularem potius captaturus quasi cum pueris in Scholis, non cum viris doctissimis tibi negotium sit.

*Menochius in tract. de Interdict. remed. 6. retin. possessionis,
de interdicto, de aqua quot. & æsti. nu. 6.*

PARCAT Deus Iustiniano, quod sua nimia diligentia in Pandectarum ordinatione, veterum IC^{torum} libros supressit, & centones ac rhapsodias Iurisprudentum nobis tantum reliquit. Vnde nobis tot cruces posuit.

*Hotom. ad princip. Digestor. in Catalogo authorum, ex quibus
opus Digestor. est compositum.*

CELSO Iubentio IC^{to} ferè proprium est, ut à verbis & sententia legis propter speciem æquitatis non temerè recedat, estque in aduersarijs IC^{tis} ridendis satis multus, & nimium liber. Quod apparet euidenter ex antinomia inter *l. ult. ff. de cond. cau. dat. que est IC^{to} Celsi. & l. naturalis. §. at cum do. ff. de præsc. verb.* quæ est IC^{ti} Pauli in hac quæstione, An si pecuniam tibi dedi, ut mihi Stichum dares, sit emptio, quod adfirmat IC^{tus} Paulus *in d. §.* At cum do, negat verò IC^{tus} Celsus *in d. ult.* qui adstruit esse potius contractum innominatum, Do ut des, quam emtionem.

Regulæ de conciliandis antinomijs ex Eguinario Barone ad §.

*Præterea quod per alluionem Inst. de rer. diuis.
excerptæ & desumptæ.*

ET quoniam fluctuantes hic interpretes video regulam iuventuti tradam, de pugnantium locorum interpretatione.
* * *

Quoties

Quoties Vlpianus aut alius IC^{us} diuerſas de eadem re ſenten-
tias adducit, aut hic vnam, alius aliam ei contrariam, id tutò
ſequemur, quod in Codice, aut Inſtitutionibus indiſtinctè ſcri-
ptum erit. vt in d. §. præterea quod per alluionem. l. in bonæ fi-
dei. C. de pact. l. lecta. ff. Si cert. pet. l. iur. gentium. §. Quinimò ff. de
pact. Quod ſi nulla lege Imperatoria veterum ſententiæ relatæ
definitæque extant, in quam partem inclinent Paulus, Vlpianus,
cæterique ex quibus Pandectæ transcriptæ ſunt, per Iuſtinia-
num obſeruabimus.

Idem erit ſi Vlpianus fortè, vel alius IC^{us}, Labeonis vel
Nerux ſententiam obiter memoret, cui alij ejuldem auctorita-
tis ICⁱ repugnent. l. 5. §. de arbore. ff. de rei vend. l. adeo. ff. de acq.
rer. do. l. hoc amplius. ff. de dam. infec. Non enim ex Labeone, aut
Varo, aut Caſſio Pandectas componi voluit Iuſtinianus, ſed ex
Vlpiano, Paulo, Iuliano &c. quorum nomina prænotantur le-
gibus auctore Imp. noſtro in l. 2. C. de vet. iur. enuc. Quamobrè &
notæ Vlpiani, Pauli, Martiani, Papiniano adſcriptæ, locum ſuum
retinebunt. l. 1. C. de vet. iur. enuc.

Secunda regula. Si quando contrariæ veterum ſententiæ,
vel ab eodem IC^o vel à diuerſis ſint relatæ, quarum neutram
magis probent, tunc quod melius æquiusque videbitur, iudices
ſequentur, dum Princeps, aut cui is permiferit, certam & per-
petuam legem de ea quæſtione & controuerſia conſtituat. l. ſed
Diui. ff. de rer. diuiſ. §. Cum ex aliena. & §. Si quis à non domi-
no. Inſt. de rer. diuiſ. Sed hoc genus legum contrariarum Iuſti-
nianus negat ſuæ Legiſlationi in eſſe. d. l. 2. C. de vet. iur. enuc. l. 1.
C. de Iuſtin. Cod. confirm. quod tamen quam verè dictum ſit, alibi
idem Baro grauiſſimus & acutiſſimus IC^{us} teſtatur, ipſe vide-
rit, cum illa commendatio perſuaſorio legum exordio conue-
niebat.

idem

Idem Baro alibi in Commentar. ad Institut.

EX Commentarijs Pauli, Vlpiani, Marciani, Papiniani, & cæt. commentarijs controuersia in foro & iudicijs decidi non possunt, nisi Accursij, Bartoli, Baldi, Alexandri, Castrensis, Iasonis interpretatio accedat.

Viglius ad §. ult. Inst. de rer. diuis.

IN hoc vtilis sunt Doctorum repetita Commentationes, quod allegationum copia, consiliorum recitatione, multisque ampliationibus & Limitationibus, aduocatos qui causis & Litibus forensibus patrocinantur, egregie instruere, & informare possunt.

Z A Z I V S.

DOctorum responsa & opiniones non necessitant ad decisionem causarum, sed aliquam praesumptionem tantum faciunt, quatenus bona aliqua & probabili ratione mouentur. Ita quoque tradit & notat Glossa ordinaria ad l. i. C. de legib.

MARANTA in quaestione legalib. disput. 10.

PROpter phantasias vnus Doctoris non est recendum à communi opinione Doctorum. Ita dicit Bald. & Castren. in l. ult. C. de instit. & substit. Alioqui iudex qui omittit communem opinionem, adhærendo singulari opinioni vnus Doctoris, facit litem suam. Secundum Bart. in l. ult. C. de pœna iud. qui malè iud. & Iason. in l. sciendum. §. ult. ff. Qui satisd. cog.

Reyger in Thesauro recept. sentent. Iuris, in loco, de auctoritate Gl. Bartoli, (&) aliorum Doctorum.

PRO certo receptum est, maximam esse communis Doctorum opinionis auctoritatem, adeò vt ab illa nec in iudicando, nec

do, nec in consulendo sit recedendum, nisi illa per ius expressum, vel per evidentem rationem erroris conuincatur.

Venenutius Stracha in tract. de contract. Mercator.

Vetustiores Iuris interpretes fructus nobis reliquerunt, Budæus verò & reliqui recentiores plures flores, magis quam fructus attulerunt.

Iohan. Faber ad s. sed non usque Inst. de Legat.

Iuris ciuilis prudentia paruo admodum & nullo cum fructu coniuncta est, nisi ad negotia in quotidiano usu versantia sedulò frequenterque accommodetur.

INDEX

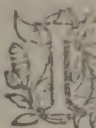











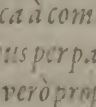





I N D E X

C O N T R O V E R S A R V M

Q V Æ S T I O N V M,

quæ in hoc libro tractantur.

C E N T V R I A E P R I M A E.

- I. ASSERTIO.**  **V**s à iustitia appellatum est.
- II.**  **I**ustitia est constans & perpetua voluntas ius suum cuiq;
tribuens.
- III.**  **U**nicum est ius naturale, unicumq; ius gentium, explo-
sa DD. distinctione inter primarium & secundarium ius.
- IV.**  **I**us naturale est immutabile.
- V.**  **A**Equitas praefertur stricto Iuri.
- VI.**  **Q**uilibet Populus, & qualibet ciuitas ius sibi condere propria auctoritate non
potest.
- VII.**  **L**ites & controuersia ex praescripto legum, non ex arbitrio iudicis diiudicari
debent.
- VIII.**  **C**onsuetudo non introducitur tempore decennij, neque duobus actibus.
- IX.**  **C**onsuetudo abrogat & emendat legem scriptam.
- X.**  **C**onsuetudo tam per actus extraiudiciales, quam iudiciales introducitur.
- XI.**  **P**rinceps legibus solutus est.
- XII.**  **C**ommunis error minimè facit ius.
- XIII.**  **P**ublica à communibus differunt, non usu, sed proprietate: communia enim
ab omnibus per partes acquiruntur occupando, etiam quoad proprietatem: pu-
blicorum verò proprietas est in bonis Populi.
- XIV.**  **I**udex secundum ea quæ allegantur & probantur in iudicio, non secundum
ea quæ scit ut priuatus, iudicare debet.
- XV.**  **R**ecte Azo contra Locharium defendit, quòd solus Princeps non habeat me-
rum imperium, sed & alij magistratus.
- XVI.**  **M**erum imperium delegari non potest, & ne quidem propter absentiam pro-
miscuè delegari potest.
- XVII.**  **C**oncessa iurisdictione à Principe merum imperium concessum non censeatur.
- XVIII.**  **M**ixtum imperium delegari potest, & mandata iurisdictione transfertur.

XIX. Turco-

- XIX. Tutoris datio neque imperij, neque iurisdictionis est.
 XX. In priuatis negotiis filius patrem, & pater filium iudicem habere potest.
 XXI. Delegatus iudex iudicis dandi potestatem non habet.
 XXII. Ordinarius iudex ius dicende multa habet, non verò delegatus.
 XXIII. Extra territorium suum ius dicenti impunè non paretur.
 XXIV. Pacto quo conuenit, vt incompetens iudex adiretur, antequam aditus sit, renuntiari potest.
 XXV. Idonea cautio fit tam per pignora, quàm fideiussores.
 XXVI. In conuentione iudicio sistendi causa facta, generalis renunciatio casuum fortuitorum non valet.
 XXVII. Sententia lata diebus feriatis valet, consensu litigatorum.
 XXVIII. Actor emendare, & declarare libellum ad sententiam vsque, mutare verò & substantiam eius corrigere duntaxat vsque ad litem contestatam potest.
 XXIX. Fides hosti data seruanda est.
 XXX. Pacta de succedendo vel non succedendo super hereditate viuentis, iure ciuili non valent.
 XXXI. Pactum contractibus bonae fidei adiectum parit actionem; sed stricti iuris contractibus appositum actionem non producit.
 XXXII. Pupillus absque auctoritate tutoris naturaliter obligatur.
 XXXIII. Minores sine curatoribus suis rectè obligantur.
 XXXIV. Prodigum non ipso iure, sed magistratus sententia bonorum administratione interdicatur, & post interdictionem promittendo, ne quidem naturaliter obligatur.
 XXXV. Ex pactis adiectis contractibus bonae fidei non competit praescriptis verbis actio, sed actio ex principali contractu.
 XXXVI. Pactum contractibus adiectum de non alienando, non impedit dominij translationem, sed ad interesse agere poterit paciscens, si sua intersit non alienari.
 XXXVII. Pacto vni tantum ex heredibus cauere possumus, ut ceteris non prosit.
 XXXVIII. Redditio chirographi facta à creditore debitori, inducit remissionem debiti, pignoris verò restitutio non item.
 XXXIX. Nuda pacta non pariunt actionem, sed exceptionem tantum.
 XL. Ambiguum vel obscurum pactum, contra venditorem, stipulatorem, & locatorem interpretandum est.
 XLI. Quilibet potest pacto iuri & fauori pro se introducto renuntiare.
 XLII. Ius publicum priuatorum pactis mutari non potest.
 XLIII. De crimine capitali, excepto adulterio, transigere & pacisci licet: at de crimine non capitali, excepto crimine falsi, transigere turpe & illicitum est.
 XLIV. Sicut de adulterio non licet transigere, ita nec de rapina.
 XLV. Transactio inter alios inita, aliis non nocet.

XLVI. Transactio

- XLVI. Transactio super re certa vel iudicata fieri non potest.
- XLVII. Transactio de alimentis facta, neque ad vestiariū, neque ad habitationem pertinet.
- XLVIII. Procuratores & Syndici transigere non possunt. Tutores verò & curatores sine consensu magistratus, transigendo res minorum alienare vetantur.
- XLIX. Major annis xvi. potest esse procurator ad lites.
- L. In capitalibus judiciis procurator ad accusandum aut defendendum intervenire non potest, nisi in casu ubi absens damnari potest, aut ad allegandas causas absentie.
- LI. Procurator totorum bonorum non potest res domini vendere, neque transigere de rebus domini, sed procurator datus cum libera potest.
- LII. Procurator ex contractibus gestis procuratorio nomine, tenetur etiam finito officio.
- LIII. Procurator precise non cogitur dominum defendere.
- LIV. Si dominus factus est non soluendo, procurator non tenetur eum defendere.
- LV. In actionibus famosis procurator intervenire potest.
- LVI. Qui propria auctoritate, & sine iudice ius sibi dicit, vel per vim, quod suum est, vel sibi debetur, aufert, ius suum amittit.
- LVII. Si dolus det causam contractui bonæ fidei, contractus est ipso jure nullus. In stricti autem iuris contractibus, siue dolus det causam, siue incidat, contractus ipso iure subsistit, sed doli actione vel exceptione dolus vindicatur.
- LVIII. Actio doli non habet locum, ubi alio superest.
- LIX. Vniuersitas seu Respub. ex delicto obligari & conueniri potest.
- LX. Minore restituto in integrum, fideiussores non sunt restituendi.
- LXI. Liberi & Liberti non restituntur in integrum contra parentes & patronos.
- LXII. Minor xxv. annis ob iuramentum contractui appositum priuatur restitutione in integrum.
- LXIII. A sententia arbitri sine pœna facto compromisso hodie non appellatur.
- LXIV. Illiterati & juris imperiti iudices esse non possunt.
- LXV. Minor xxv. annis, modo sit exephæbus, hoc est, annorum xvi. iudex esse potest.
- LXVI. Ordinarij iudices jure civili recusari non possunt, licet in delegatis diuersum obtineat.
- LXVIII. Iudicium de re pendenti aut futura institui non potest.
- LXVII. Legati non possunt conueniri in loco legationis, ex contractu antea ibi inito, sed ius reuocandi domum habent.
- LXIX. Vbi acceptum semel est iudicium, ibi & finem accipere debet.
- LXX. In bonæ fidei iudiciis, qui debet sub conditione vel in diem, ad præstandam cautionem ante diem vel conditionem tægi potest ex iusta causa.

LXXI. Inter

- LXXI. Inter patrem & filium lis nulla potest consistere.
- LXXII. Executor de viribus sententia cognoscere & pronuntiare non potest.
- LXXIII. Debitor in loco contractus conveniri potest, ibiq; se defendere debet.
- LXXIV. Naturalis rei interitus post moram contingens, pertinet ad debitorem, nisi res eodem modo apud actorem peritura fuisset.
- LXXV. Rei vindicatio datur contra eum qui possidet, vel detinet rem nostram.
- LXXVI. Publiciana actio potest cum rei vindicatione in eodem libello coniungi.
- LXXVII. Arbor alluvione in agrum alienum translata, eius fit, cuius fundo adharet.
- LXXVIII. Ad emphyteusin necessaria est scriptura.
- LXXIX. Emphyteusis est contractus iuris gentium, non civilis.
- LXXX. Emphyteusis inconsulto domino directo donari & legari potest.
- LXXXI. Acquiritur emphyteusis prescriptione xxx. annorum in pradiis privatis; in fundis vero Ecclesia, vel civitatis xl. annis.
- LXXXII. Dominus non potest ob non solum canonem, emphyteutam expellere propria auctoritate ex fundo emphyteutico.
- LXXXIII. Dominus si post cessationem triennij pensiones accipiat ab emphyteuta, aut si pœnam stipulatus sit, ni pensiones soluat, potest emphyteutam nihilominus expellere.
- LXXXIV. Interitus totius rei emphyteutica spectat ad dominum: particularis vero ad emphyteutam; neque ob sterilitatem fit remissio canonis.
- LXXXV. Emphyteusis inter plures emphyteutas inconsulto domino potest dividi.
- LXXXVI. Vsusfructus non dominij pars est, sed servitus est.
- LXXXVII. Fructibus annuis fundi legatis, vsusfructus legatus esse censetur.
- LXXXVIII. Fructus sine usu esse non potest.
- LXXXIX. Testator non potest fructuario remittere cautionem fructuariam earum rerum quæ usu consumuntur, in præiudicium heredis.
- XC. Vsusfructuarius ius vindicandarum servitutum habet.
- XCI. Vsusfructuarius vsusfructum alienare non potest.
- XCII. Omnes servitudes longi temporis prescriptione acquiruntur, remota distinctione DD. inter continuas, & discontinuas.
- XCIII. Ad prescriptionem servitutum non opus esse titulo, contra D V A R E N V M, verius est.
- XCIV. Ob omnes servitudes tam urbanas, quam rusticas, novum opus munitari potest.
- XCV. Urbanum prædium distinguit à rustico, non locus, sed materia.
- XVI. Servitudes reales sine prædio non possunt constitui.
- XCVII. Servitudes omnes prædiales perpetuam causam habere debent.
- XCVIII. Servitus, quæ nec prædio, nec persona utilitatem adfert, constitui nequit.
- XCIX. Ius altius tollendi servitus est.
- C. Servitus pro parte acquiri vel imponi non potest.

CENTVRIAE SECVNDAE.

- I. ASSERTIO. **S**ERVITUTE *imposita, ne luminibus officiatur, tam de funis, quàm presentibus luminibus cautum censetur.*
- II. *Ad servitutes praediorum, neque interdictum, Vnde vi, neque vti possidetis pertinet.*
- XII. *Servitutes neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione ipso iure constitui possunt.*
- IV. *Servitute concessa, ea omnia concessa sunt, sine quibus servitute vti non licet.*
- V. *Inter servitutes luminum, & ne luminibus officiatur, item altius non tollendi, nulla differentia est.*
- VI. *Servitute simpliciter concessa, ei electio datur, cui concessa est, per quam partem fundi serviensis velit vti servitute.*
- VII. *Scientia aduersarii in praescriptione servitutum desideratur.*
- VIII. *Iter est ius eundi ambulandi hominis, non etiam iumentum agendi vel vehiculum. Actus est ius agendi iumentum, vel vehiculum. Via est ius eundi agendi & ambulandi. Qui actum habet, & iter habet sine iumento. Via & iter & actum in se continet.*
- IX. *Actio finium regundorum xxx. annorum praescriptione tollitur.*
- X. *Tria iudicia diuisoria rectè dicuntur actiones mixtae, tam in rem, quàm in personam.*
- XI. *Familiae erciscunda actio semel tantum intentari potest, & si quid indiuisum remanserit, communi diuidendo iudicio agetur.*
- XII. *Diuisio hereditatis non rescinditur, nisi lesio dimidia in sta portionis egrediatur.*
- XIII. *Nunquam actio negotiorum gestorum, & familiae erciscunda ex eadem causa concurrunt.*
- XIV. *Heredes etiam si xxx. annos in communionem steterunt, nihilominus possunt ad diuisionem hereditatis prouocare.*
- XV. *Si conuenit, ut pecuniam quam mihi debes ex causa mandati, retineas mutui nomine, mutuum contrahitur.*
- XVI. *Licet pecunia gratia accipientis sit deposita, conuertenda in mutuum, tamen periculum casus fortuiti non praestatur.*
- XVII. *Debitum particulariter inuito creditori solui non posse, ex communi DD. sententia adfirmo.*
- XVIII. *In solutione monetae inspiciendum est tempus contractus mutui, ac quae quantaq; eo tempore aestimatio pecuniae fuerit, attendendum est, nisi debitor fuerit in mora.*
- XIX. *In aestimatione reiperite in strictis iudiciis litis contestata tempus spectandum est, in bonae fidei iudiciis tempus rei iudicatae.*

*** 2

xx. Pro

- xx. Pro vino vel frumento mutuato reddi non potest pecunia, invito creditore.
- xxi. X Cum alia contractus opinione, quam dati sunt, quis nummos accepit, ut puta si ego tibi quasi donaturus pecuniam dedero, tu quasi mutuam accipias, neque mutuum, neque donatio est.
- xxii. Debitor post biennium exceptionem non numerata pecunia opponere potest, dummodò exceptionem probet.
- xxiii. Si pro pecunia, species vendenda data sit, ut redacta ex pretio pecunia eredita sit, mutuum contrahitur.
- xxiv. Actor licet ipse nihil probaverit, reo iusiurandum iudiciale deferre potest.
- xxv. Periurium legibus civilibus legitima poena vindicatur.
- xxvi. Causa iureiurando decisa pretexto periurij retractari non potest.
- xxvii. In causis criminalibus non desertur à iudice iusiurandum in supplementum probationis.
- xxviii. Ex iureiurando promissorio nulla oritur actio iure civili.
- xxix. Iusiurandum iudiciale etiam per procuratorem potest praestari, domineque prodest.
- xxx. Etiam ob latam culpam iuratur in litem, & lata culpa sub dolo continetur in civilibus causis.
- xxxi. In iureiurando in litem habetur etiam ratio affectionis.
- xxxii. In contractu venditionis & emtionis non iuratur in litem.
- xxxiii. In contractibus qui solius recipientis causa sunt, levis culpa, in contractibus, qui solius dantis utilitatem respiciunt, lata culpa, in iis qui utrausque gratia sunt, levis culpa praestatur.
- xxxiv. X In contractibus nominatis non datur condictio ob rem dati.
- xxxv. Si tibi pecuniam dedi, ut mihi Stichum dares, permutatio, non emtio erit, periculoque meo Stichus erit.
- xxxvi. Indebitum errore facti solum reperitur, non errore iuris.
- xxxvii. Nulla repetitio indebiti competit ab eo qui suum recepit, tamen si ab alio, quam vero debitor sit adnumeratam.
- xxxviii. Debitor qui debet alternativè duas res, & solvit utrumque, eligere potest, quod repetat.
- xxxix. Condictio furtiva datur in solidum contra heredes furis.
- xl. X Mulier certiorata de iure suo, renuntiare potest. Scito Velliano, etiam extra iudicium.
- xli. Compensatio fit ipso iure citra factum hominis.
- xlii. Commodati actioni non potest opponi compensatio.
- xliii. Speciei ad speciem siue speciei ad quantitatem, non admittitur compensatio.
- xliiv. Etiam litigiosa debentur venit in compensationem.
- xlv. Quae naturaliter antea debentur, compensantur.

xlvi. Tam

- XLVI. Tam morte mandantis, quam mandatarij soluitur mandatum, si adhuc sit res integra.
- XLVII. Ex ratihabitione nascitur actio mandati.
- XLVIII. Ratihabitione retrotrahitur & mandato comparatur.
- XLIX. Societas soluitur morte, heresq; socij in societate non succedit.
- L. Arbitrio collato in aliquem tertium, viri boni arbitrium electum censetur.
- LI. Socius socio tantum tenetur in id quod facere potest.
- LII. In pretio emtionis naturaliter licet contrahentibus se circumuenire.
- LIII. Dissensus in materia vitiat emtionem; pignus, & stipulationem non item.
- LIV. Emitione perfecta, ne quidem cum arratum dispendio ab ea recedere licet.
- LV. Perfecta emtione, quod sit simulatq; de merce & pretio conuenit, periculum rei venditæ statim ad emtorem pertinet, contra Cuiacium.
- LVI. Vino certo in specie vendito, periculum statim emtorem respicit, nisi actum sit, ut vinum degustetur.
- LVII. Venditor si facultatem habet rei tradende, præcisè ad tradendum cogi potest.
- LVIII. Remedium l. 2. C. de rescind. vendit. non habet locum in transactione.
- LIX. Ius accrescendi non transit in emtorem.
- IX. In contractibus ius accrescendi non habet locum.
- LXI. Nomine venditionis non continetur omnis alienatio.
- LXII. Pacto de retrouendendo præscribitur xxx. annis.
- LXIII. Nemo inuitus cogi potest rem suam vendere, ne quidem à Principe.
- LXIV. Venditor etsi fundum simpliciter vendat, tamen cum liberum à servitute præstare tenetur,
- LXV. Res ex mea pecunia emta, non est mea, sed ementis.
- LXVI. Non est necesse mercedem locationis consistere in pecunia numerata.
- LXVII. Ex conductione decennij non transit utile dominium.
- LXVIII. Emtor, legatarius, & alij singulares successores, non tenentur statu locationi, nisi conuentum sit.
- LXIX. Ex contractu Facio ut des, oritur præscriptis verbis actio.
- LXX. Re aliena obligata creditori scienti, non conualescit pignus, dominio debitori superueniente.
- LXXI. Species illa pignoris, quæ ἀντίρρογος appellatur, licet præscriptum à legibus usurarum terminum excreuiatur, licita est.
- LXXII. Inuenta in prædium urbanum, tacite pignori sunt obligata, non autem in prædium rusticum.
- LXXIII. Quando nihil pactum est de distrahendo pignore, creditor nihilominus potest prius denuntiationem pignus vendere potest.

- LXXXIV. Qui priorem habet generalem hypothecam, creditori posteriori generalem hypothecam habenti, in bonis post utramque obligationem quasi praefertur.
- LXXXV. Nec urbana, nec rustica servitutes oppignorari possunt.
- LXXXVI. Qui ob refectionem navis pecuniam credidit, non habet tacitam hypothecam.
- LXXXVII. Usura legitime diuino & humano iure non sunt prohibita.
- LXXXVIII. Vnica interpellatio constituit debitorem in mora.
- LXXXIX. Sola oblatio sufficit ad purgandam moram, & vitandam poenam, sed plenissimam liberationem parit oblatio, consignatio & depositio.
- LXXX. Cum dies & poena est in obligatione, non admittitur purgatio mora.
- LXXXI. In obligationibus in diem, lapsus diei in mora constituit debitorem, nec interpellatio requiritur.
- LXXXII. Usurae in stricti iuris iudiciis non nisi per stipulationem debentur.
- LXXXIII. Sola praestatio usurarum longo tempore facta, non inducit obligationem usurarum in futurum.
- LXXXIV. Poena conventionalis duplum excedere non potest.
- LXXXV. Improbis foenerator extra ordinem criminaliter puniri potest.
- LXXXVI. In stricti iuris actionibus fructus non veniunt nisi a tempore litis contestatae.
- LXXXVII. Male fidei possessores non tantum de fructibus perceptis, sed etiam percipiendis tenentur.
- LXXXVIII. Bonae fidei possessor qui postea cognouit rem esse alienam, cum effectu fructus suos non facit.
- LXXXIX. Bonae fidei possessor etiam excantes fructus industriales restituere tenetur, contra DONELLVM.
- XC. Fructus & usurae legatorum a tempore morae debentur.
- XCI. Fratris testimonium iure civili non est admittendum.
- XCII. Per rerum naturam factum negantis nulla est probatio.
- XCIII. Ob semiplenam probationem, puta unum testem, deferri non potest a iudice insurandum.
- XCIV. Reus non tenetur auctori edere instrumenta vel rationes ad intentionem suam fundandam; sed actor reo ad probandam exceptionem instrumenta edere tenetur.
- XCV. Infames in criminalibus causis testes esse prohibentur; in civilibus vero causis plenam fidem non merentur.
- XCVI. Testes cum de fide instrumenti nihil dicitur, contra instrumentum admittere non debent.
- XCVII. Nullus in re propria est idoneus testis.
- XCVIII. Instrumenta privata, si non aliis adminiculis inuentur, ad probationem sola non sufficiunt.
- XCIX. Subditi regulariter non sunt idonei testes in causa Principis, vel ciuitatis.
- C. Subscriptio instrumenti, non continuo obligat subscribentem.

CEN-

CENTVRIAE TERTIAE.

I. ASSERTIO.

Ad matrimonium contrahendum omni jure tam diuino quàm humano, item Ciuili & Canonico, requiritur de necessitate consensus parentum in nuptiis liberorum.

- I. Filia minor xxv. annis nubens sine consensu parentum potest exheredari.
- II. Si quis corruptam pro virgine duxerit, matrimonium non potest rescindi.
- III. Ratihabitio patris liberorum nuptias subsequens retrahitur, & ab initio iustas nuptias efficit.
- IV. Matrimonium metu contractum ipso jure non valet.
- V. Deportatione non soluitur matrimonium.
- VI. De substantia matrimonij non requiritur deductio sponsae in domum mariti.
- VII. Adulterio dissoluitur matrimonium, non tantum quoad separationem thori, sed etiam quoad vinculum matrimonij.
- VIII. Mulier non tantum contra tacitam, sed etiam expressam anteriorum creditorum hypothecam $\pi\epsilon\omega\tau\omicron\pi\epsilon\alpha\ \xi\iota\alpha\varsigma$ beneficio in repetitione dotis gaudet.
- IX. Promittens dotem incertam, efficaciter obligatur ad dotem pro modo suarum facultatum, & dignitate mariti constituendam.
- X. Filia superstitibus liberis in coniugio defuncta, dos profectitia non reuertitur ad patrem, sed manet penes maritum.
- XI. Mulier naturaliter domina est dotis, maritus fictione iuris ciuilis.
- XII. Pro restituenda vel conseruanda dote maritus non est cogendus fideiussorem dare, datus tamen obligatur.
- XIII. Pater filiam tam diuiti quàm pauperi, modò legitima sit, dotem constituere cogitur, non verò naturali tantum.
- XIV. Filia qua dote accepta, nihil amplius se ex hereditate patris accepturam promisit, ab intestato patri succedere non prohibetur, nisi pactum iurejurando confirmauerit.
- XV. Socer de dote conuentus, tantum in id quod facere potest tenetur.
- XVI. Necessarias impensas quilibet tam bona quàm mala fidei possessor deducit. Vtiles bona fidei possessor deducit, mala verò fidei possessor easdem aufert, si quidem sine lesione status prioris rei auferre possit.
- XVII. Tutor filiis datus, nepotibus datus non censetur.
- XVIII. Suspectus tutor oblatam culpam remotus non fit infamis.
- XIX. Testamenti factio Iuris ciuilis potius est, quàm gentium.
- XX. Filius scilicet ne de illis bonis aduentitiis quidem, quorum ususfructus patri non queritur, testari potest.
- XXI. Contractus in testamento fieri non possunt.

XXII. Filius

- XXIII. Filius emancipatus, sicut & frater, uxor, maritus, ministri, rectè in testa-
mento adhibentur testes.
- XXIV. Ex imperfecto testamento nihil debetur, nisi adiecta sit clausula codicil-
laris.
- XXV. Nemo potest pro parte testatus, & pro parte intestatus decedere.
- XXVI. Præter XIV. causas Novellæ Iustinianæ expressas, nullam aliam ob simi-
lem, aut grauiorem ingratitudinis causam, liberi exheredari possunt.
- XXVII. Prius perfectum testamentum per posterius imperfectum non rumpitur.
- XXVIII. Testamentum, quo postumus præteritus uiuo testatore decedit, valet.
- XXIX. Ex causa exheredationis vel præteritionis rescissa institutione, cetera testa-
menti firma manent.
- XXX. Qui purè institutus, sub conditione iterum instituitur, purè institutus cen-
setur; & qui sub diuersis conditionibus bis institutus est, utra prior extiterit,
heres erit.
- XXXI. Heres ad certum tempus & ex certo tempore institui non potest.
- XXXII. Si testator heredes instituit hac modo: Ex partibus quas adscripsero; nullis
partibus adscriptis, equaliter sunt heredes. Si uero dixit, Ex partibus quas ad-
scripsi; nullis partibus adscriptis, nulla est institutio.
- XXXIII. Substitutio pupillaris facta puero uerbis directis, non valet, ne quidem in
vim fidei commissi.
- XXXIV. Tamper expressam pupillarem substitutionem, quam per pupillarem taci-
tam in vulgari contentam, mater à successionem filij impuberis excluditur.
- XXXV. Mater filiis pupillariter substituere non potest.
- XXXVI. Nemo eiusdem hereditatis partem adire, partem repudiare potest.
- XXXVII. Hereditas non potest acquiri per procuratorem.
- XXXVIII. Heres sub conditione institutus pendente conditione non potest adire vel re-
pudiare hereditatem.
- XXXIX. Heres qui ignorat conditionem, sub qua institutus est, exitisse; non potest
adire hereditatem.
- XL. Qui metu coactus adit hereditatem, non fit heres.
- XLI. Iussus patris in adeunda hereditate precedere debet, sed tutoris auctoritas
interponitur perfecto negotio.
- XLII. Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur.
- XLIII. Tutor etiam qui non gerit tutelam, pupillo hereditatem adeunti, auctor esse
potest.
- XLIV. Cuius pater est furiosus, is sine iussu eius hereditatem adire potest.
- XLV. Heres implendo conditionem potestatiuam, sub qua institutus est, heredita-
tem adire potest.
- XLVI. Cuius rei legatario non est commercium, ei inutiliter ea res legatur.
- XLVII. Quan-

- XLVII. *Quantitas eadem sapius legata, pluries debetur volente testatore.*
- XLVIII. *Legatum in alterius liberam & miram voluntatem conferri non potest, sed in alterius voluntatem, tanquam viri boni arbitrium collatum valet.*
- XLIX. *In legato generis est electio legatarij, nisi aliud testator dixerit.*
- L. *Recte definitur legatum, quod sit donatio quae etiam à defuncta relicta.*
- LI. *Sicuti aucto legato, quod accedit, pertinet ad legatarium, ita dixi aucto legato, id quod superest, debetur.*
- LII. *Res hostium legari potest.*
- LIII. *Legatum fundi in genere relicti, siue testator habeat fundos in patrimonio, siue non, nullius est momenti.*
- LIV. *Cum certa pecunia vel quantitas legatur tanquam corpus, pars eius pecuniae quae superest, debetur.*
- LV. *Quando testator legat fundum sibi cum alio communem, pars testatoris propria tantum debetur, nisi alteram partem redemit à socio; tunc enim totus fundus debetur.*
- LVI. *Cui quid coniunctim legatur cum altero, qui non est in rerum natura, ei iure veteri pars tantum debetur, iure nouo solidum.*
- LVII. *Legatum alicui relictum, cum erit annorum XIV. non nisi expleto anno XIV. debetur, estq; legatum conditionale: vnde si ante annum XIV. legatarius moriatur, ad heredem nihil transmittit.*
- LVIII. *Nemo potest cauere, ne leges in suo testamento locum habeant.*
- LIX. *Ille agit ex legato, cuius potissimum interest, licet verba legati ad illum non sint directa.*
- LX. *Legatarius qui rem sibi legatam alienari patitur, adhuc potest petere rei legata precium.*
- LXI. *Testator si prohibuit in testamento rem alienari extra familiam, non valet alienatio, sed proximi ex familia rem alienatam vindicare possunt.*
- LXII. *Incertis personis legari non potest.*
- LXIII. *Ad legatum consequendum competunt legatario tres actiones, actio personalis ex testamento, rei vindictio, & hypothecaria.*
- LXIV. *Qui legat certam fructuum quantitatem, si non nascatur tantum, quantum legauit, heres ad praestationem totius tenetur.*
- LXV. *Inter verbis tantum coniunctos locus est iuri accrescendi, & re tantum coniunctis praesertantur.*
- LXVI. *Impossibilis conditio vitiat contractus; testamentis verò adiecta pro nulla habetur, salua manente institutione, vel legato.*
- LXVII. *Filius fidei commissio grauatus vnum tantum quadrantem potest detrabere, iure civili.*
- LXVIII. *Liberi non tenentur simplicem donationem sibi à parentibus factam conferre.*

LXIX. Fratrum

- LXIX. Fratrum filij succedunt patruo in capita, non in stirpes.
 LXX. Donator non tenetur de evictione nisi ad eam expresse se obligavit.
 LXXI. Donatio omnium bonorum, certae illorum partis, valet.
 LXXII. A reis capitalium criminum donationes facta non valent, si condemnatio sit secuta.
 LXXIII. Donatio inofficiosa, pro modo legitime rescinditur.
 LXXIV. Donatio omnium bonorum reuocatur, si donator postea susceperit liberos, siue liberto, siue cuicumque alij donauit.
 LXXV. Donatio inter coniuges confirmatur morte donantis, etiamsi stipulatione sit peracta, & res nondum tradita.
 LXXVI. Ins venandi feras cuiq; iure gentium permittitur.
 LXXVII. Prada ab hostibus capta fit capientis.
 LXXVIII. Bone fidei possessor naturales & industriales fructus consumptos suos facit.
 LXXIX. Si quis ex aliena materia bona fide nouam speciem fecit, qua ad pristinam materiam reuerti nequit, fit facientis.
 LXXX. Thesaurus in loco publico vel religioso inuentus, pro dimidia inuentori, pro dimidia fisco cedit.
 LXXXI. Dominium sine possessione acquiri non potest.
 LXXXII. Vnum est tantum genus possessionis, & duo in solidum eiusdem rei possesores esse non possunt.
 LXXXIII. In amittenda possessione non opus est animo & corpore, sed aliquando solo animo, aliquando solo corpore amittitur possessio.
 LXXXIV. Possessio defuncti non transit ad filium sine noua apprehensione.
 LXXXV. Regulariter iudicium petitorium cum possessorio cumulari potest.
 LXXXVI. In sequestrum non transfertur possessio.
 LXXXVII. Insans absque auctoritate tutoris possessionem acquirere non potest.
 LXXXVIII. Si colonus possessione decesserit, non interpellatur possessio domini.
 LXXXIX. Creditor pignus naturaliter possidet.
 XC. Missus in possessionem ex primo decreto non possidet, sed missus ex secundo decreto possidet: & si aduersarius est dominus, missus fit dominus; sin minus, praesit ut vsucapiendi conditio.
 XCI. Ita demum per procuratorem domino acquiritur possessio, si & dominus velit, & procurator habuerit animum domino acquirendi.
 XCII. Procurator venditoris, si domino mortuo, ignorans eum mortuum esse, in vacuum possessionem emptorem induxit, possessionem transfert.
 XCIII. Nulla possessio nisi animo & corpore acquiritur.
 XCIV. Ex pluribus causis eandem rem possidere possumus, quantum dominium non nisi ex vna causa contingat.
 XCV. Vxor rem donatam à viro possidet naturaliter.

XCVI. Pos-

- xcvi. Possessio non tantum facti est, sed etiam iuris.
 xcvi. Possessio amittitur rei depositi contractum lucti faciendo causa, non in-
 fignatione sola.
 xcvi. Qui precario possidet, interdicto Vti possidetis experiri potest.
 xcix. Papillus animo defuncti possidere non potest, corpore potest.
 c. Possessio per coloniam, commodatarium, & depositarium, quamvis alteri
 later, commodat, vel deponat, retinetur.

CENTVRIAE QVARTAE.

- I. ASSERTIO. **D** V O in solidam eandem rem possidere non possunt.
 II. **D** Vt ius capio non pugnat cum naturali equitate.
 III. Si quis in diuericulo fluminis pluribus annis piscatus sit, aliam
 eodem iure vti volentem prohiberi potest.
 IV. Ius luendi pignoris prescriptione xxx. vel xl. annorum non tollitur.
 V. Qui xxx. annis pensiones annuas non soluit, liberatur à praestatione pra-
 teritarum, non futurarum pensionum.
 VI. Personales actiones amittuntur xxx. annis, licet praescribens careat bona fide.
 VII. Mala fides superveniens post impletam prescriptionem, non interrumpit eam.
 VIII. In usucapionibus dies ceptus pro completo habetur.
 IX. Pignus à debitore creditori surreptum, usucapi potest, hypotheca non item.
 X. Res empti à furioso bona fide usucapi potest.
 XI. Usucapione pignus non extinguitur.
 XII. Sine possessione, eaquē continua, non procedit usucapio.
 XIII. Minime probamus Innocenti III. Pont. rescriptum, Ordinarium de-
 bere iudicis delegati sententiam exequi, etiamsi sciat illam esse iniustam.
 XIV. Sententia ex falsis instrumentis vel testibus lata, non est ipso iure nulla, sed
 ope restitutionis in integrum rescinditur.
 XV. Sententia nec pro furioso, nec contra furiosum dicta, valet.
 XVI. Index iuxta litigatorum conventionem sententiam ferre debet.
 XVII. Sententia ita prolata, Condemno Titium in petitis, si probatum est eum
 debere, inualida est.
 XVIII. Sententia non retractatur propter instrumenta novè reperta.
 XIX. Index potest interlocutoriam sententiam mutare & rescindere, non definitivam.
 XX. Pacto cessionis bonorum renuntiari nequit.
 XXI. Si dominus fundi, homines armatos, quos ad se venientes videbat, ex-
 muerit, atque ita profugerit, vi deictus censetur.
 XXII. Vile Saluianum interdictum datur creditori contra quemlibet debitorem,
 qui res suas pignori obligavit.

*** 2

XXIII. Adus

- XXII. Reus non tenetur satisfacere in interdicto Vti possidetis, quod auctorem in futurum non turbabit.
- XXIV. Nudo detentori non datur interdictum Vti possidetis.
- XXV. Colono non competit interdictum Vnde vi.
- XXVI. Actionis verbo non continetur exceptio.
- XXVII. Exceptiones peremptoriae non ante, sed post litem contestatam opponenda sunt, contra DONELLVM.
- XXVIII. Peremptoriae exceptiones post sententiam non possunt opponi.
- XXIX. Exceptiones dilatoria, qualis est procuratoria, ante litem contestatam opponi debent.
- XXX. Actionis definitio tradita in Inst. tit. de action. tam realem quam personalem actionem complectitur.
- XXXI. Actionum summa diuisio in duo genera diducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam.
- XXXII. Actiones aliae bona fidei sunt, aliae stricti iuris.
- XXXIII. A contractu perfecto, inuito aduersario non licet recedere.
- XXXIV. In actionibus mixtis aut poenalibus, si plures deliquerint, quod vnus praestitit, poena nemiue, non liberat alios.
- XXXV. Quoties concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine, vna tantum quis experiri debet.
- XXXVI. Heres ex contractu defuncti ob dolum tenetur in solidum; ex delicto tantum in id, quod ad eum peruenit.
- XXXVII. Diuersitas responsionis non vitiat stipulationem, si est in quantitate, sed diuersitas in qualitate & forma stipulationis vitiat, nisi complacentia accedat.
- XXXVIII. Stipulatio impersonaliter concepta, hoc modo, Dabis? dabuntur, utilis est.
- XXXIX. Ex stipulatione alteri facta non acquiritur actio, nisi stipulantis intersit.
- XL. Promittens se curaturum, quod alius dabit vel faciet, re effectui dare tenetur.
- XLI. In obligationibus facti promissor ad factum praecise cogitur.
- XLII. Ex contractu procuratoris domino non acquiritur actio, sine cessione.
- XLIII. Stipulatio sine verbis inter praesentes prolatis contrahi non potest, & per epistolam non contrahitur.
- XLIV. Stipulatio non valet collata in arbitrium promissoris.
- XLV. Inutilis stipulatio vim pacti non habet.
- XLVI. Notarii, aliis stipulari, usque actionem acquirere non possunt.
- XLVII. Promissio tam in dando quam faciendo consistens transit ad heredes.
- XLVIII. Stipulatio conditionalis est, Si petiero, decem dabis?
- XLIX. Ex pura obligatione confessum debitum peti potest.
- L. Conditio nalis creditor etiam loco creditoris habetur.
- LI. Duo rei debenda tenentur in solidum, etiam nouo iure.

- LII. Vno ex duobus correis delendi pro parte conuento vel soluento, nihil minus pro aliaparte exigij ctest.
- LIII. Fideiussor qui in maiorem quam suam fideiussit, saltem in eam quam principalis debet, tenetur.
- LIV. Fideiussoris obligatio non augetur ex mora rei, ut ad vsuras, pœnam, aliasq; accessiones teneatur.
- LV. Fideiussor cuiuslibet obligationi accedit, etiam naturalitantum.
- LVI. Exceptiones quæ reo competunt, etiam fideiussori dantur.
- LVII. Exceptiones prescriptionis, rei indicata, & iurisiurandi, debitori competentes, fideiussori quoque præstantur.
- LVIII. Obligationibus ex delicto fideiussor accedere potest.
- LIX. Pactum de non petendo inter debitorem. & creditorem initum, fideiussori prodest.
- LX. Omnium obligationum fideiussor accipipotest.
- LXI. Pœna stipulatione non nouatur principalis obligatio.
- LXII. Debitum purum stipulatione conditionali nouatur.
- LXIII. Creditori inuito ante diem rectè solui potest.
- LXIV. Rectè ei soluitur qui solutionis gratia adiectus est, modo post stipulationem conditio eius non sit in deterius mutata.
- LXV. Aliud pro alio inuito creditori solui non potest.
- LXVI. Actiones ex delictis defuncti descendentes, non dantur in heredes, nisi quatenus ad eos peruenit; non in solidum.
- LXVII. Pro eodem crimine, & civiliter & criminaliter agi potest.
- LXVIII. Pœnæ à delictis nominatim legibus sunt imposita, neque pendunt à mero iudicis arbitrio.
- LXIX. Pœna in popularibus actionibus regulariter non fisco, sed actori applicanda est.
- LXX. Furti actio datur etiam pro re modica.
- LXXI. Furti regulariter actio furti non datur.
- LXXII. Furtum iure naturæ prohibitum est.
- LXXIII. Etiam furti tenetur, cuius ope vel consilio tantum furtum factum est.
- LXXIV. Cum actione vi bonorum raptorum etiam furti actio concurrere potest.
- LXXV. Summa liquidò debita, quæ aliter exigij non potest, furtum est illicitum.
- LXXVI. Actio de tigno iniuncto datur tam contra bonæ quàm malæ fidei adificatorem in duplum.
- LXXVII. Coniugij veritas non excusat coniuciantem, quo minus iniuriarum actione teneatur.
- LXXVIII. Actio iniuriarum prætoria anno continuo finitur; sed actio iniuriarum ex L. Cornelia est perpetua.

*** 3

LXXIX. Carcer

- LXXXIX. *Carter de iure civili pena non est.*
- LXXX. *Etiā in meretricem nuptias auctoritatem committunt.*
- LXXXI. *Sponsa de adulterio potest accusari.*
- LXXXII. *Inimicitiam a pena legis Corneliae praebet corporis, non fama, non bonorum defensio.*
- LXXXIII. *Homicidium per ebrietatem commissum, ordinaria legis Corneliae pena puniendum.*
- LXXXIV. *Pena legis Corneliae subiacer, qui poculo amatorio quem interfecit.*
- LXXXV. *Qui Titium interficere volens, Seium interfecit, lege Cornelia tenetur.*
- LXXXVI. *Lex Julia peculatus, non solum de pecunia civitatis Romanae, sed etiam aliarum civitatum accipienda est.*
- LXXXVII. *Regna & ditiones suas arbitrata suo Principes minuere non possunt.*
- LXXXVIII. *Actus legitimi non recipiunt diem vel conditionem.*
- LXXXIX. *Inuito beneficium non confertur.*
- XC. *Privilegia realia transcant ad heredes, non personalia.*
- XCI. *Quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari.*
- XCII. *Utile per inutile non vitiatur.*
- XCIII. *Accessorium sequitur naturam principalis.*
- XCIV. *Qui tacet, consentire videtur.*
- XCV. *In famibus portae dignitatum non patent.*
- XCVI. *In testamentis plenius voluntates testantium interpretamur.*
- XCVII. *Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest.*
- XCVIII. *Favorabiliores Rei potius, quam Actores habentur.*
- XCIX. *Semper in obscuris quod minimum est, sequimur.*
- C. *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis conualescere.*
- CI. *Feudum antiquum, propter delictum inextraneum perpetratum, amissum, deuoluitur ad collaterales agnatos, propiores in gradu.*

INDEX

I N D E X

A S S E R T I O N V M

C O N T R O V E R S A R V M,

quæ in hoc libro tractantur.

C E N T V R I A E P R I M A E.

- I. ASSERTIO. **P** R I N C E P S jus alicui quasitum sine causa auferre non potest.
- II. **P** R I N C I P S ex contractibus cum subditis iuris obligatur.
- III. Rescripto I principis potest alicui concedi dilatio temporalis, peremptoria verò exceptio concedi aut remitti non potest.
- IV. **I** U S T I & licet Christianis seruos habere conceditur.
- V. **R** A P A R I U M vsus publicus est, sed proprietas illarum eorum est, quorum prædiis herent.
- VI. **P** E N A capitis in eos constituta est, qui muros ciuitatis transcendunt.
- VII. **M** E R U M imperium est, habere gladii potestatem, ad animaduertendum in facinerosos homines.
- VIII. **N** O N omnibus Magistratibus omnes partes meri imperii tribuere sunt.
- IX. **M** E R U M imperium præscribi potest.
- X. **I** R I N A T I non possunt alicui tribuere iurisdictionem.
- XI. **M** A G I S T R A T U S municipales non habent mixtum imperium, sed simplicem iurisdictionem.
- XII. **P** R I V A T U S merum imperium non habuit, sicut nec Praeses provinciae ius deportandi.
- XIII. **H** A C verba, Profitetur te non teneri, pactum reale inducunt.
- XIV. **D** U X belli inconsulto Principe pacem cum hostibus inire non potest.
- XV. **Q** U I pacto recepit in se casum fortuitum, tenetur etiam de casibus insolitis.
- XVI. **C** O N V E N T I O N E S inter coniuges de reciproca successione valent.
- XVII. **C** O N V E N T I O non valet, Ne dolus præstetur in contractibus.
- XVIII. **S** I filia dote accepta renuntiet hereditati paternæ, eam, antequam mortua sit, non valet hæc renunciatio nepotibus, quo minus perueniant ad successorem aut.

XIX. Trans-

- XIX. Transactio de crimine falsi iure civili licita est.
 XX. Transactio post rem iudicatam interposita non valet.
 XXI. Pactum inter Aduocatū, & clientulū de quāta litis initum iure non valet.
 XXII. Spurii non sunt infames.
 XXIII. Infames iure civili possunt esse procuratores.
 XXIV. Procuratoris apocha de recepto, praeiudicat domino.
 XXV. Procurator ad certam litem datus non solum appellare, sed etiam appellationem prosequi tenetur.
 XXVI. Quando dubitatur de mandato procuratoris, tunc admittitur cum cautione de rato.
 XXVII. Maritus potest esse procurator uxoris, etiam sine mandato, dummodò caueat de rato.
 XXVIII. Minor 25. annis iuris peritus latus ex contractibus, in integrū nō restituitur.
 XXIX. Minor in delictis non restituitur in integrum.
 XXX. Aduersus praescriptionem non competit maioribus 25. annis restitutio in integrum, ex causā iustā & probabilis ignorantiae.
 XXXI. Licitum est Christianis exercere iudicia.
 XXXII. Cecus iudex dari potest.
 XXXIII. Ii quibus mandata est iurisdictio, iudicem dare possunt.
 XXXIV. Legitima liberorum à iure gentium originem traxit, modum & quantitatem à iure civili habet.
 XXXV. Legitima relinquenda est titulo Institutionis, non Legati, fideicommissi, aut donationis titulo.
 XXXVI. Legitima parentum non est aucta, ut liberorum.
 XXXVII. Petitio hereditatis non datur contra titulo possidentem.
 XXXVIII. Nullum est directum dominium, nullum utile.
 XXXIX. Male fidei possessor necessarias impensas repetit.
 XL. Unusquisque rerum suarum dominus est, etiam abutendo.
 XLI. Emphyteusi per mortem emphyteutae, ipsiusq; Liberorum reuoluta ad dominum, non tenetur eam dominus proximiori agnato dare.
 XLII. Emphyteuta ob non solum canonem per triennium, feudo emphyteutico licitè à domino expelli potest.
 XLIII. Ex contractu emphyteutico oritur actio emphyteutica.
 XLIV. Emphyteuta longissimo tempore acquirere non potest directum dominium, si non soluerit domino canonem.
 XLV. Emphyteusi finita sine culpa emphyteutae, meliorationes pertinent ad dominum directi domini.
 XLVI. Emphyteuta si triennio canonem non soluerit, postmodum oblatione facta, moram purgare non potest.

XLVII. Vfus-

- XLVII.** *Vsusfructus est ius vtendi fruendi rebus alienis salua rerum substantia.*
- XLVIII.** *Vsusfructuarius naturaliter possidet vsusfructum.*
- XLIX.** *Vsusfructuarius omnium bonorum non tenetur ad as alienum soluendum.*
- L.** *Vsusfructuarius non cauere, sed satisfacere tenetur, se vsurum fructurum boni viri arbitrio, & cum vsusfructus finitus erit, se restitutum, quod inde extabit.*
- LI.** *Qui habet seruitutem riuu, potest ex terreno riuo lapideum facere.*
- LII.** *Diuisio hereditatis, vt maior frater diuidat, minor eligat, iuri Ciuili non est consentanea.*
- LIII.** *Contractus est duorum pluriumue in idem consensus & conuentio, ad contrahendam obligationem efficax.*
- LIV.** *Etiā iure Canonico reperiuntur aliqui contractus stricti iuris.*
- LV.** *Præsides prouincia mutuam pecuniam dare, fœnusue exercere prohibentur, mutuam tamen pecuniam licite sumere possunt.*
- LVI.** *Minor sine auctoritate Curatoris iusurandum deferre potest.*
- LVII.** *Fideiusoris iusurandum Reo prodest.*
- LVIII.** *Christianus bona conscientia iuramentum prestare potest.*
- LIX.** *Iuramenta per vim & metum extorta etiā à maioribus 25. annis, nullius sunt momenti.*
- LX.** *Promissio per fidem Christianam facta, iureiurando equiparatur.*
- LXI.** *Actori in infinitum in litem iurare licet.*
- LXII.** *Filiusfam. S C T O Macedoniano renunciare non potest.*
- LXIII.** *Sequestratio regulariter iure prohibita est.*
- LXIV.** *Pro re apud sequestrum deposita, finita sequestratione, restituenda, competiti deponenti actio depositi sequestraria.*
- LXV.** *Deportatus siue excommunicatus mandatum contrahere non potest.*
- LXVI.** *Mandatarius, vltra id quod mandati fines excedens, vtiliter gessit, habet actionem negotiorum gestorū.*
- LXVII.** *In ementis vel vendentis arbitrium collata emendi conditione, venditio nulla est.*
- LXVIII.** *Ius retractus in re creditori à Iudice adiudicata locum non habet, sicut nec in re donata.*
- LXIX.** *Ex pacto de retro vendendo oritur tantum personalis, non realis actio.*
- LXX.** *Venditor laesus vltra dimidium iusti pretii, actione ex vendito rescindit venditionem, daturq; hoc beneficium etiā emtori.*
- LXXI.** *Casu fortuitus in re locata contingens, pertinet ad locatorem, non ad conductorem.*
- LXXII.** *Contractus locationis & conductionis transit ad heredes tam locatoris quam conductoris.*

LXXIII. Con-

- LXXII. Conductor si vnius anni pensionem non soluit, potest expelli domo conductæ à
 LXXIV. Fructuum perceptorum periculum ad colonum pertinet.
 LXXV. Represalia rite concessæ omni iure sunt licitæ.
 LXXVI. Bona minorum 25. annis non censentur tacite hypothecata pro pensione domus.
 LXXVII. Pactum legis commissoria in pignoribus est reprobatum.
 LXXVIII. Creditori non licet propria auctoritate auferre pignus.
 LXXIX. In pratorio pignore non attenditur prioritas temporis, sed bene in iudiciali pignore.
 LXXX. Illata & inuecta à secundo conductore in ades conductas, primo locatori tacite obligantur, pro eâ summâ quâ ipse conduxit, & secundus conductor primo locatori soluendo liberatur.
 LXXXI. Etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri potest.
 LXXXII. Generalis hypotheca prioris creditoris præfertur speciali posterioris.
 LXXXIII. Usura est accessio sortis seu quantitatis.
 LXXXIV. Usura debentur ex mora, in bonâ fidei contractibus.
 LXXXV. Actori incumbit onus probandi, non autem reo.
 LXXXVI. Homo præsumitur vivere usque ad centum annos.
 LXXXVII. Scriptura regulariter non pertinet ad essentiam, sed ad probationem contractuum.
 LXXXVIII. Scriptura diuersa & contraria, ab eadem parte prolata, fidem sibi inuicem derogant.
 LXXXIX. Latior declaratio assertionis LXXXVII. quod instrumenta & scriptura non pertinent ad substantiam contractuum, sed ad probationem.
 XC. Mulier in criminalibus causis testis esse potest.
 XCI. Parentes & liberi neque pro se, neque contra se testimonium dicere possunt.
 XCII. Neque testis iniurato creditur, neque vni testi fides habetur.
 XCIII. Omnis iudex potest testem qui apud se falsum testimonium dixit, pro qualitate criminis punire.
 XCIV. Rusticitas in delictis regulariter non excusat, neque iuris ignorantia prodest rusticitati.
 XCV. Nuptiæ sue matrimonium est viri & mulieris coniunctio, consortium omnis vite, individuum vite consuetudinem continens.
 XCVI. Matrimonii institutio iuris est naturalis & diuina, nullaque lege vsus coniugii prohiberi potest, etiam ministris ecclesiæ.
 XCVII. Liberi naturales per subsequens matrimonium legitimantur: etiam si dotalia instrumenta non interuenerint.
 XCVIII. Sponsi de presenti non aliter participant lucra dotalia, nisi deductio in domum sit secuta, vel matrimonium copula fuerit consummatum.

XCIX. Poly-

- XCIX. * Polygamia omni iure tum diuino tum humano prohibita est.
 G. * Matris & tutorum consensus non requiritur de iure civili in sponsalibus
 & nuptiis pupillæ.

CENTVRIAE SECVNDÆ.

I. ASSERTIO. **D**OS non pertinet ad substantiam matrimonij, nec ob dotem
 promissam non solutam maritus uxorem expellere potest.

II. Dos ab hæredibus mariti propter adulterium mulieris retineri
 non potest.

III. Tu etiam est vis, ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui per attonem
 defendere se nequit, iure civili data & permissa.

IV. Tutor emere rem pupilli prohibetur.

V. Imperitus literarum excusatur à tutela.

VI. Tutor statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri: post tempus autem
 aut per epistolam eius auctoritas interposita, nihil agit.

VII. Tutor de rebus pupilli transigere potest.

VIII. Testamentum est voluntatis nostra iuxta sententia, de eo quod quis post
 mortem suam fieri velit.

IX. Testamentum ad alterius interrogationem conditum non valet.

X. Testamentum patris inter liberos absque testibus confectum valet.

XI. Nuda voluntate testatoris non tollitur testamentum.

XII. Testamentum tempore pestis coram quinque testibus conditum, non valet.

XIII. Nemo potest hæredi suo testamenti factionem adimere.

XIV. Testator prohibere potest ius accrescendi.

XV. Conditio testium in testamentis spectatur tempore conditi aut signati te-
 stamenti.

XVI. Non tantum annulo, sed etiam alio quouis sigillo characterem habente, te-
 stamentum signari potest.

XVII. Filius familias ne quidem consentiente patre testamentum facere potest.

XVIII. Hæredis appellatio non solum ad proximū hæredē, sed & ad ulteriores refertur.

XIX. Instituti iis hæredibus, qui de iure civili institui non possunt, hereditas non
 ad fiscum deferretur, sed ad hæredes ab intestato pertinet.

XX. Institutio hæredis facta sub turpi demonstratione vitiat institutionem.

XXI. Quæ institutio, item quod legatum ab initio non constituit, ex post facto non
 conualescit.

XXII. Milites coram testibus saltem duobus, testamentum sine scriptis condere
 possunt.

XXIII. Hæreditas non adita ad hæredes non transmittitur.

***** 2

XXIV. Iuri

- XXIV. Iuri adeundi hereditatem triginta annis praescribitur.
- XXV. Filius viuo patre non est dominus bonorum paternorum.
- XXVI. Heredes tenentur ad defuncti debita exoluenda, proportionib⁹ hereditarijs.
- XXVII. Codicilli nullam solennitatem ordinationis desiderant.
- XXVIII. Rei legata dominium acquiritur legatario statim ab adita hereditate.
- XXIX. Legata relicta ab instituto, à substituto tacite repetita censentur.
- XXX. Legata & fidei commissa in testamento non solenni relicta, ne quidem naturaliter debentur.
- XXXI. Clausula hæc si nõ sequar iuris solennitatē &c. non inducit fidei commissum.
- XXXII. In legatis posterior voluntas potior est pioe.
- XXXIII. Testator Trebellianica deductionem prohibere non potest.
- XXXIV. Sumptus studiorum à filio post mortem patris facti, de suis proprijs bonis, non ex communi hereditate solui debent.
- XXXV. Habitationis facultas alicui donatione concessa, morte donatoris finitur.
- XXXVI. Donatio non reuocatur, etiam si donatarius inopi donatori non præstet alimenta.
- XXXVII. Bona fidei possessor non tenetur ad restitutionem fructuum consumptorum, licet ex iis factus sit locupletior.
- XXXVIII. Traditionibus & usucapionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferuntur.
- XXXIX. Ministri ecclesia bona propria habere & possidere possunt.
- XL. Aluei mutatio transfert dominium, sed sola inundatio dominium agri non mutat.
- XLI. Usucapio est adiectio domini, per continuationem possessionis, temporis à lege definiti.
- XLII. Ad usucapionem perficiendam titulus est necessarius.
- XLIII. Contra ciuitatem non currit nisi centum annorum præscriptio in rebus hereditarijs, item legato, donatione, & venditione ciuitati acquisitis.
- XLIV. Res inter alios indicata alijs nec nocet, nec prodest.
- XLV. Iudex certæ rei vel pecunie sententiam ferre debet, etiam si de incerta quantitate sit actum.
- XLVI. Confessus in iudicio pro condemnato habetur.
- XLVII. In interdicto uti possidetis, cum ambo aequalem possessionem vel titulum probant, cumque pares sunt utriusque probationes, iudex vel neutri possessionem adiudicabit, utrumque ab ea exire iubendo, vel singulis dimidiam partem possessionis adiudicabit.
- XLVIII. Omnia interdicta de possessione vel quasi obtinenda competunt.
- XLIX. Pœna constitutionis l. si quis in tantam. C. unde vi. etiam tenentur scæmina, minores, rustici.

L. Pra-

- L.** Pradoni competit interdictum, unde vi, etiam cum ab ipso rei domino spoliatur.
- L I.** Vim vi repellere licet, modo fiat incontinenti, & cum moderamine inculcata tutela.
- L II.** Exceptiones non numerata pecunie, & divisionis, sunt perpetua & peremptoria: exceptio vero ne quis conveniatur ultra id quod facere potest, temporalis & dilatoria est.
- L III.** Actio est ius persequendi in iudicio quod sibi debetur.
- L IV.** Nuda actio non constituit aliquem debitorem.
- L V.** Actiones sunt iuris civilis, nomen autem actionis in libello exprimere non est necesse.
- L VI.** Quoties ex pluribus causis quid debetur, & quod solutum est omnibus summis non sufficit, tunc in grauiorem causam solutum censetur.
- L VII.** Furta non iure civili scripto, sed ex consuetudine laquei puniuntur.
- L VIII.** Actio iniuriarum qua agitur ad palinodiam seu recantationem iniurie, civilis est, non criminalis.
- L IX.** Crimen stellionatus infamat, si cum alia civili actione concurrat.
- L X.** Reus accusatus in criminalibus causis, precedente iuramento calumnie de veritate dicenda, positionibus accusatoris respondere non tenetur.
- L XI.** In criminalibus iudiciis ex solis presumptionibus nemo condemnari potest.
- L XII.** Etiam inuoluntaria quadam delicta coercentur.
- L XIII.** Etiam ceptum, nondum consummatum crimen punitur.
- L XIV.** Si quis ex domo inimici sui euaginato & sanguinolento profugit gladio, mox repertus sit vulneratus & interfectus, hoc sufficiens indicium est ad inducendam condemnationem.
- L XV.** Mandans aliquem vulnerari, si sequatur mors ex vulnere, non tenetur pena ordinaria legis Corneliae, sed arbitraria.
- L XVI.** Confessio vulnerati in articulo mortis, non est sufficiens indicium ad torturam.
- L XVII.** Fures de se confessi, non debent de focus per torturam interrogari.
- L XVIII.** Iudex in arbitrariis criminibus potest imponere penam mortis.
- L XIX.** Furiosus de delicto ante furorem commissio puniri potest.
- L XX.** Poena non est minuenda ob id, quod à longo tempore delictum perpetratum fuit.
- L XXI.** Poena capitalis appellatione vel mors vel deportatio continetur.
- L XX II.** Poena non debet egredi delinquentem, sed suos debet tenere auctores.
- L XX III.** Ab interlocutoria sententia non appellatur.
- L XX IV.** In criminalibus causis etiam admittitur appellatio.
- L XX V.** Bella iure diuino inter Christianos licita sunt.

***** 3

L XX VI. Duella

- LXXVI. Duella iure diuino & humano prohibita sunt.
- LXXVII. Qualibet ciuitates tempore necessitatis subditis collectas imponere possunt.
- LXXVIII. Ecclesiarum ministri ab ordinariis tributis & oneribus publicis non sunt immunes.
- LXXIX. Absens ex pollicitatione non obligatur.
- LXXX. Fabulosa donatio Constantini Magni, Imperat. qua Pontifici Syluestro urbem Romanam, ceterasque Italiae prouincias falso donasse fertur, iure non fuit licita.
- LXXXI. Iure naturali, & civili foeminae sunt regni capaces.
- LXXXII. Libri feudorum habent auctoritatem legis generalis.
- LXXXIII. In feudis non acquirit filius familias usum fructum patri.
- LXXXIV. Minor sine auctoritate curatoris potest de antiquo feudo inuestire.
- LXXXV. Foemina feudum dare potest.
- LXXXVI. Duobus inuestitis de feudo, is praefertur cui prius possessio feudi tradita est.
- LXXXVII. Clerici in feudis non succedunt.
- LXXXVIII. Foemina in feudo emittio non succedunt.
- LXXXIX. Feudo alienato à vasallo sine consensu domini, ne quidem triginta vel quadraginta annis praescribitur directum dominium in praerudicium domini.
- XC. Vasallus sine venia Dominum feudi in ius vocare potest.
- XCI. Mutus, cecus, surdus, furiosus, vel aliter imperfectus in feudo non succedunt.
- XCII. Liberi legitimati per subsequens matrimonium, in feudo non succedunt.
- XCIII. Vasallus tenetur dominum feudi in bello iuuare, etiam contra patrem suum.
- XCIV. Vasallus habet interdictum vnde vi contra dominum spoliantem se possessione feudi.
- XCV. Frater fratri in feudo nouo non succedit.
- XCVI. Vasallus feudum refutare potest sine consensu domini.
- XCVII. Feudo alicui inconsulto domino extra familiam legato, ne quidem aestimatio debetur.
- XCVIII. Pater vni ex filiis feudum praelegare non potest.
- XCIX. Feuda inter plures cohæredes diuidi possunt, etsi vnus ex consortibus tantum voluerit.
- C. Feudi substantialia pacto tolli, vel mutari non possunt.

In

In legum conciliationes

à Clarissimo Viro

EVERARDO BRONCHORSTIO,

primario Antecessore, iterum editas, communiumque
opinionum & rerum iudicatarum acces-
sione auctas,

PETRUS CUNÆUS I. C.

IN iure dando cum foret mortalium
Dissentientum summa discrepantia,
Tandem ipsa leges condidit necessitas,
Quæ rite scriptæ semper uno civibus
Loquerentur ore, iusque certum redderent.
Sed has us ingens ille Iustini nepos
Conferri in unum iussit, & seclum suum
Primus beavit dono inestimabili,
Consecrator in gravi culpa fuit
Tribonianus, cuius insolens manus
Hinc inde multa transtulit, quæ verius
Congesta, quam Digesta, nominaveris.
Hinc sanctiore iuris in volumine,
Nox sæpe densa, sæpe contradictio,
Et mille rerum vortices sunt, quos prius
Tot inter ævi grandiora nomina
Nemo universos vicerat feliciter:
Vis celsa donec inclyti BRONCHORSTII
Emensa latè est quidquid hoc erat rei,
Legesque rursus duxit ad concordiam,
Tenebrisque iuris prætulit claram facem.
Hanc antè partam gloriam recente nunc
Laude aggerare maximus parat senex,
Postquam hisce chartis explicatioribus
Res indicatas addit, & communium
Opinionum casibus super fori
Apices feraci pectoris promit sinu.
Sic expedit quidquid ante defuit
Cæpto priori. Scrupulos legum parum est
Monstrasse, iura ni recepta iunxeris.

In

In Centurias

Clarissimi & Celeberrimi I C.

EVERARDI BRONCHORSTII,
tertia iam parte auctiores.

DVx magne Themidis, regula antecessorum,
Quot nunc ubique ius reconditum pandunt,
Et non inertem dirigunt iuventutem;
Quis non Mineruæ cæpta (&) inclytos ausus
Tuæ stupeſcat, quos virentibus canis
Conſperſus aug'es? non, ut Hercules, tantum,
Terraë uniuerſæ circulator & ponti,
Cælum labores per duodecim ſcandit;
Sed multa per Centena, & alia Centena,
Aggreſſus acrimente, (&) ardua cura,
Finire amica pace, bella tot legum,
Et ante nulli diſſolubiles nodos.
Hoc efficacis ſpolia vincit Alcide:
Hic antecedis, quicquid antecessorum eſt.
At nos precamur, quotquot vnice cordi
Decus Lycei eſt, ſæculi aut decus noſtri,
Aut Batava tellus; ut, quot hætenus nobis,
Dux magne Themidis, dux & antecessorum,
Illa erudita, perpetinque victura
Domino ſuperſtes Muſa, Centurias ſcripſit;
Tos det Chiliadas: poſterique venturi,
E conſtituto iure, (&) optime vnito,
Annos tibi vni computent Sibyllinos.

DANIEL HEINSIUS
ex tempore.

V.C. Everardi Bronchorstij ICti
ENANTIOΦANΩN SEX LIBRIS

Elogium, & INVIDIÆ laqueum
vovet ac mandat

PETRVS SCRIVERIVS.

Diudicandis litibus quisquis sedes
Auditor, ad luenda natus iurgia
Legicreparum & vulturum forensium:
Et qui recenses, quique castigas dolos,
Reosque plectis urna quos expresserit:
Tuque adeo alumne Iuris, & cultor Dices,
Ad Ulpiani qui lucernam Bartolum
Legis, colisque purius divam Themin:
Adeste. letis involate dexteris
Simibusque totis Antecessorum iubar.
Adeste, adeste. nam tibi hac, tiro; tibi
Hac scripta, Iudex; publicoque commodo.
Quamcunque legem spissa caligo alligat;
Veroque quidquid creditur contrarium
Pariterque pugnax, protinus BRONCHORSTIVS
CONCILIAT acer, & tenebras discutit.
DIGESTA multis involuta noctibus,
Tribonianis inque nexa oraculis,
Interpretata ASSERTIONIBVS novis,
Et luculentis aucta questionibus.
Adeste, adeste. en ista MISCELLANEA,
Non ludionum regna; sed, Iudex, iuum,
Tuumque, tiro. nam simul Scholæ ac Foro
Bronchorstianus semper insudat labor.
Hoc invenis egit, hoc agit crudus senex,
Pubi Eatavia destinatus arbiter,
Ductorque longos nunc per annorum gradus:
Suade medulla, corculum prudentia,

Amæni-

*Amœnitatum cella promptuaria,
 Miscere rebus serijs gnarus iocos,
 Salibusq; nostrum temperare Scævolam.
 Adeffe. vobis, heic quod antiquo-novum
 CIVIS SECUNDIS editur venustius,
 Commendo. vestram poscit hoc opus manum.
 Hoc revolvite, ac revolvite ingenti bono,
 Mirabilique fruge. Quid moramini?
 Hoc revolvite, inquam, quot diebus sedulo;
 Quot noctibusq; sedulo revolvite.
 Hic, hic pererret perpes omne pulpitum,
 Nec inferatur (turpe) nidulo liber.
 Hac fine nullus prodijt certissimus
 ASSERTIONVM bis-tricenarum pater.
 Non rosit unguis, aut momordit pollicem
 Hac fine Civis inclytus Tubantium,
 Idemq; sidus fulgidum Batarvia:
 Sed scripsit, ut legatur. hac merces viro;
 Vnum hoc laboris præmium, ac solatium.*

*At tu, maligne, comprime iratam manum,
 Dentemq;, Livor, abstine: & Famæ sacram
 Putato chartam: Deinde & auctori scias
 Non deesse nasum; nec litandum Gratijs,
 Urbanus ut sit. si sapias, noxam cave.
 Temerè haud iacesces acrimoniam viri:
 Agnatus illi vindicis lingue lepos.*

*Palam ergo seu quis, sive clam dolo malo
 In hos libellos strinxerit convicium,
 Stiliq; acumen; invidus pœnas luet,
 Verog; victus protinus causâ cadet.
 Non arma ponit dia mens BRONCHORSTII,
 Quin hostium redhostiat ferocim
 Pari monetâ, mutuisq; honoribus;
 Ex talione felle libero madens.
 Gratis pacisci transigiq; res nequit.
 Inultus illum riserit nemo malus:
 Laudare possit nec satis quisquam bonus.*

elo hoc XXI.

MC.

V. C.

D. D. E. BRONCHORSTIO,

Viro in Iurisprudentiâ Roscio,

Antecessori Honorario,

CONTROVERSIARVM, siue ENANTIOΦΑΝΩΝ

citra controuersiam eruditissimarum Centurias in lucem
remittenti, manuque mittenti, æternanti.

Scripta virumque cano, qui quondam clarus ab oris
Stum Dauantriacis Batauas aduenit Athenas,
Lugdunum, celebres Belgî florentis Athenas,
Tempore quo Bataua Doctorem Iuris Athene
Præclarum votis ardentibus exoptare,
Aut Roscî genus eximium, diuque nepotem
Nasica, eloquiû Suadam, Iurisque medullam;
Cælesti, ecce, Dea genua incerare Minerua
Ipsa, atque Aonides votum vouere Sorores.
Hunc, ecce, illa litata virum Dea corculum Olympo
Mittere Baltauica genti gessere nepotem,
Errantem Nasica animam, quæ corpore dudum
Exuta heu! lustris tot iam labentibus, æuo
Hoc felice viri migrare in pectora visa est.
Non mihi si centum lingua sint, oraque centum,
Terrea vox, nostri Nasica dicere laudes,
Dignaque sideribus præconia tollere possem!
Quis bona tot raras habitantes pectora dotes,
Tamque animi niueos habitantes pectora census,
Diducto ingenuosque exponat carmine mores,
Aureolo seculo dignos, auri que metallo;
Virtutemque viri ingenuam: quis regna loquendi,
Ingenique almas claris cum dotibus artes!
Rara cui quædam cælestis pignora mentis
Nascenti obtigerunt, summam subiectus in arcem
Eloquiû, Iuris procures, Legumque peritos

***** 2.

Lingue-

Linqueret à tergo positos longo interuallò,
 Et veluti ex alto summi Iouis armiger ales
 Lauas despiceret volucres, turbamque volantum,
 Cuius opes genij; ingerui ac candoris amandas
 AEternum venerabor euans; quem proxima diuis
 Vulgi à carceribus melior doctrina redemit.
 Flumina tu veterum natus fecunda referre
 Doctorum, genios sermonis versus ad omnes.
 Te conante oris proprias recludere dotes,
 Palladis attonitæ voce insonuere cauernæ,
 Marmora Palladij præclarâ rumpere voce,
 Audiri ingenue mellita tonitrua lingua,
 Qualia fulminii Demosthenis illa, sed hysdem
 Mellifluâ Sirene intermodulante Periclis.
 Hic vir, hic est, Bataue non infima gloria Leide
 Vestra, vir hic, quo cum Argolicis contendere Athenis,
 Quo cum gente ingente Urbis concurrere possis.
 Alter Scipiades, seu Scauola, sine Cethegus,
 Flos illibatus populi, Suadeque medulla,
 Scauola BRONCHORSTI (quem secula prisca superbo
 Elogio eloquij, Iurisque extollere ad astra,
 Iurisprudentum summum, Suadamque Loquentum.
 Cui virtute parem non tempora prima dedere,
 Nec ventura dabunt, redeant licet aurea in orbem
 Secula Saturni, te excepto) Scauola noster;
 Quisnam ist inficis? res ipsa, & Scripta loquuntur,
 Scripta recocta, incude recusa, politaque ad unguem!
 Vita functorum non indignissima Scripta!
 Aurea, Meonidi cantu resonanda poëta!
 Quis viles hederas preciosis addimus, eheu
 Nos viles animæ! nati felicibus ouis,
 Dysque sati digno æternarint carmine vates!

Amoris honorisque ergò posui

H. DELMANHORSTIUS. M.D.

CEN-

CENTVRIÆ PRIMÆ ENANTIOΦΑΝΩΝ

ASSERTIO I.

Ius à iustitia appellatum est.



Et etymologia iuris traditur ab Vlpiano in l. 1. ff. de iust. & in. Quæ tamen notatio seu definitio nominis duobus argumentis impugnatur.

Primò adversatur, quòd ex Grammaticorū præceptis derivata & composita à suis primitivis & simplicibus denominantur. Ideoque quia iustitia vocabulum est compositum, dictum ex eo quod ius seu vim sistat, ius verò simplex, potius iustitia à iure derivatur.

Secundò Ius in mente humana natum est, & à prima creatione auctore Deo in animis hominum infusum. Iustitia verò est virtus, quæ longo usu & exercitatione acquiritur. Ergo ius prius est iustitia. Notitiæ enim priores sunt habitu.

Respondeo ad primum argumentum. Non voluit I.C. hîc Grammaticam nominis notationem inculcare, sed potius hæc est Logica sive Dialectica notatio, considerans productionem seu derivationem rerum. Ius siquidem à iustitia, velut à causa, materia scilicet, forma ac fine suo deducitur, *Ues. in parat. ff. de iust. & in. m. 14.* Quod ad alterâ objectionē attinget, ita respondendum est. Ius hîc non accipi pro communibus æqui & boni, iusti ac iniusti notitijs, mentibus hominum innatis, sed pro doctrina & arte iuris, libris I.C.^{rum} comprehensa. Vnde sequitur hanc definitionem nominis statim definitio rei *ind. l. 1.* quòd Ius sit ars æqui & boni. Itaque quatenus ius pro arte & doctrina iustitiæ sumitur, cuius regulas & præcepta proponit, ius à iustitia rectè appellatum censetur: quia artium nomina ab ijs rebus, quarum præceptiones artibus continentur, appellari solent. Sic Grammatica à literis, Arithmetica à numeris, Geometria à ponderibus & mensuris denominatur, *Gonear. lib. 1. Var. lect. m. c. 18.*

ASSERTIO II.

Iustitia est cōstans & perpetua voluntas, ius suū cuique tribuens.

PROPONITUR hæc definitio ab Vlpiano in l. 10. ff. de iust. & in. & inculcatur ab Imp. Iustiniano, in *Instit. eo. tit.* Verùm contra eam rectè

A

ita

ita argumentabitur aliquis. Iustitia non verè & convenienter dici potest perpetua & immutabilis voluntas, quia nemo est ita ab animo comparatus, ut perpetuò & constanter velit cuique ius suum tribuere. Homo enim habet lubricos affectus, quibus impulsus, à iustitiæ formula interdum declinat. Respondendum breviter & aperte, quòd iustitia hîc definiatur prout est in abstracto; non in concreto, hoc est, quatenus iustitia per se consideratur, non quatenus homini inest. Sic Aristides quanquam est iustus, non tamen est iustitia in eo immutabilis. Et quamvis homo subinde à recto tramite iustitiæ deflectat, non tamen hoc sit vitio iustitiæ, sed hominis depravata natura. Neque iure aut merito quis Vlpianum reprehendat, ac imbitiosius fecisse causetur, quòd iustitiam definiat, quam non modò consequi, sed ne sperare quidem liceat. Nam tamen veri iuris germanæque iustitiæ solidam & expressam effigiem nullam tenemus, sed umbra & imaginibus tantum utimur, ut ait Cicero, non idèò tamen minus veram & germanam iustitiam definire, atque velut scopum imitandum, & assequendum nobis proponere debemus. *Pulchrè Contiùs in notis ad Institut. tit. de iust. & iur. Faber in Iurispud. Papiniani, in definitione iustitiæ. princ. 4.*

ASSERTIO III.

Unicum est ius naturale, unicumque ius gentium, explosa DD. distinctione inter primævum & secundarium ius.

TRIPLEX divisio iuris à ICtis est tradita, & in libros iuris Romani relata, nimirum quòd Ius sit aut naturale, aut gentium, aut civile. *§. fi. Inst. de iust. & iur. l. 1. §. 1. ff. eo.* Ius naturale est, quod ex naturæ inclinationibus, quæ nobis cum cæteris animantibus sunt communes, proficiscitur: Licet enim bruta animantia rationis, & proinde iuris, quod à ratione oritur, sint expertia; tamen quæ bruta faciunt incitatione & instinctu naturæ, ea si homines adhibita recta ratione faciant, iure naturali facere censentur. *Cuiac. in notis Inst. tit. 2. Govea lib. 1. Var. Lect. iur. c. 19.* Huius iuris exempla sunt, ordinata maris & fœminæ coniunctio, liberorum procreatio, educatio, & successio. *d. l. 1. l. scriptio. ff. Vnde lib. l. ult. C. de alien. lib.* Item custodia & defensio vitæ, propulsatio violentiæ, communis omnium possessio, & omnium una libertas. *c. ius naturale, dist. 1. l. 3. & 4. ff. de iust. & iur.* Ius gentium est, quod naturali ratione constitutum, & omnium gentium consensu ac moribus approbatum & receptum est. *l. omnes populi. 9. ff. de iust. & iur.* Ex hoc iure, distinctiones dominio-

rum,

rum, contractus & obligationes, item bella, captivitates & servitutes introducta sunt. *l. 4. & 5. ff. de inst. & in.*

Contra hanc I Cum distinctionem, aliam vulgò interpretes excogitarunt, quæ ius naturale, item gentium, aliud primævum, aliud secundarium appellant. Ius naturale primævum statuunt, quod omnibus animantibus commune est. Ius naturale secundarium, seu ius gentium primævum vocant, quod natura homini in prima creatione iniecit, ut sunt normæ & discrimina honestorum & turpium. Cuius exempla sunt, religio erga Deum, pietas in patriam & parentes, alterum non lædere, neminem locupletari debere cum alterius iactura. *l. 2. ff. de inst. & in. l. nam hoc. ff. de cond. inde.* Ius gentium secundarium dicunt, quod non à simplici ratione naturali proficiscitur, sed per ratiocinationem, usu & humanis necessitatibus exigentibus, homines eomuni consensu constituerunt. Cuius iuris sunt bella, servitutes, distinctiones dominiorum, & contractus. *Lib. 1. Misf. ad §. 1. Inst. tit. 2.* ubi hanc distinctionem DD. in scholis receptam esse inculcat. Verùm licet hæc distinctio commodioris doctrinæ gratia tolerari possit, tamen si ad exactam iuris rationem & veritatis trutinam revocetur, vera non est: alioqui mancus & imperfectus esset Vlpianus *in d. l. 1.* ubi unicum ius naturale, & unicum ius gentium statuit. Causam receptæ distinctioni DD. dedit, quod cum ius gentium dicatur naturali ratione constitutum, tamen multa sunt iuris gentium, quæ iuri naturali adversantur & repugnant, ut sunt bella, & servitutes, res rationi naturali maximè contrariæ, cum natura omnes homines ab initio liberos procreaverit. *§. Ius autem gentium. Inst. tit. 2. d. l. 5.* Item dominiorum distinctiones & acquisitiones: nullius enim à natura quicquam erat proprium ab exordio generis humani. *l. 1. ff. de acq. re. do. Cicero 1. Officior.*

Sed huic obiectioni respondetur, quod communio bonorum, & libertas, non sunt tam ius, quàm bona quædam integræ & incorruptæ naturæ convenientia, quæ depravata natura humana non poterant amplius retineri. Cum enim partim propter plurimorum ignaviam, qui pasci alieno labore volebant, partim ob severitiam potentiorum, qui tenuiores & imbecilliores communium rerum usu prohibebant, non poterant amplius homines in communione vivere, sublatum est communionis universalis bonum, & distinctio dominiorum introducta. Præterea servitutes & bella ad defensionem innocentum, & reprimendam improborum audaciam sunt excogitata, quæ hisce depravatis hominum moribus, & rectæ rationi conveniunt. *Vide Wesemb. in parat. de inst. & in. nu. 15. Baro. ad §. singulorum. Inst. de rer. divis. Corras. lib. 6. Misf. cap. ult.*

ASSERTIO IV.

Ius naturale est immutabile.

HOc discrimen inter ius naturale & civile legibus proditum est, quod nimirum hoc sit mutationi obnoxium, illud non item. *§. pen. Inst. tit. 2.* Cum enim ius naturale sit in naturali ratione & æquitate positum, & mentibus hominum à Deo insculptum per creationem, sequitur, quod sicut Deus author legis naturæ non mutatur, ita nec ius naturale, quod ex divinæ rationis dictamine procedit, variatur. Ius autem civile, cum sit humana auctoritate magistratus constitutum, propter varias negotiorum ac rerum circumstantias sæpè mutatur.

Objicitur, quod Libertas est iuris naturalis: omnes enim homines iure naturali ab initio Liberi nascebantur. *§. ius autem gentium. Inst. tit. 2.* Sed hæc Libertas multis aufertur, & plerisque civilibus legibus servitus imponitur, quæ iuri naturæ contraria est. Resp. Ius naturale prorsus tolli & aboleri non potest, derogari tamen ei ex parte potest. *§. ult. Inst. de legit. agn. tut.* Vnde lex ait, ius civile dici, quod neque in totum à iure naturali recedit, neque per omnia ei servit. *l. 6. ff. de inst. & in.* Et idè in servis non planè tollitur libertas, sed libertatis vis & officium suffocatur, ne effectum suum producere possit. Sic cum dicitur capitis diminutione maxima & media cognationis ius tolli, *in d. §. ult.* hoc non ita est accipiendum, quod ipsa cognatio naturalis tollatur, quia ius sanguinis est immutabile. *l. iura sanguinis ff. de. R. l.* sed quod effectus cognationis, puta successiones & tutelæ, per ius civile, puta per maximam & mediam capitis diminutionem impediuntur.

Secundò objicitur, quod lex naturæ dictat neminem cum alterius iniuria locupletari debere. Sed ab hac naturali ratione recedit usucapio, ubi invito domino aufertur sua possessio per longi temporis usum. Resp. Ius naturæ à iure civili quandoque recipit temperamentum & limitationem. Siquidem lex naturæ inferior, quæ vetat nos cum alterius damno locupletari, legi superiori cedit, quæ univèrsalem humanæ societatis conservationem efflagitat. Cessante enim usucapione non possent homines tutò & quierè res suas possidere, nemo posset esse certus de dominio rei suæ, etiamsi quàm diutissimè eam possedisset, sed semper timeret, ne verus dominus eam sibi auferret. Ideoque ne amplius incerta essent rerum dominia, usucapio introducta est bono publico: *l. 1. ff. de Usucap.* nam incertitudine ista manente civilis vitæ societas commodè conservari non poterat. Præterea usucapio ad lites minuendas

suendas magnoperè pertinet, quas amputari interest Reipub. *l. ult. ff. Pro suo.*

ASSERTIO V.

Æquitas præfertur stricto iuri.

INSIGNIS & egregia extat in iure prodita regula, quòd iudex in omnibus æquitatis & iustitiæ magis, quàm stricti iuris rationem habere debet, quæ traditur *in l. placuit. C. de iudic. & l. in omnibus 91. ff. de R.I.* Hinc præcipitur iudici, ut in condemnando & absoluendo æquitatem semper ante oculos habeat. *l. 4. ff. De eo quod cer. lo. Similiter & in l. si quis 14. §. idem Labeo. ff. de relig. & sump. fun.* traditur à Iudice solutius & liberius esse æquitatem amplectendam, quam merum & summum ius. Pariter & *in l. si servum 91. §. sequitur. ff. de V.O. à I Cto* Paulo responsum est, quod in quæstione de bono & æquo sub auctoritate Iuris scientiæ plerunque perniciosè erratur.

Verùm cum hac decisione pugnat. *l. prosperit 12. ff. Qui & à quib. manu.* ubi dicitur, quòd etsi lex scripta sit perquam dura, tamen servanda est. Vnde sequitur, quòd iudex sequi debet id quod legibus præscriptum est, strictumque ius æquitati præferre tenetur. Resp. Sic habendum est. In casibus à Lege expressis lex sequenda est, etiamsi dura aut iniqua videatur. Hæc durities à solo Principe mollienda est, qui de casu ambiguo, de quo non liquet, à iudice cõsulendus est. *l. 1. C. de relat. l. ult. C. de legib.* Hoc sibi apud Gallos hodie vindicant parlamenta adversus inferiores iudices, à quibus ad ipsam curiam appellatur. In casibus verò non scriptis & à lege prætermisissis, iudex æquitatem rigori præferre debet: nam ut *Aristot. scribit*, æquitas nihil aliud est, quàm Legis scriptæ interpretatio & supplementum, ἡ δικαιοσύνη ἐστὶν ἡ περὶ τοῦ νόμου ἐκδομή. Imò æquitas nihil aliud est, quam dictamen rationis naturalis, & naturalis iustitia & æquitas idem esse videntur. *l. scire oportet 13. §. aliud autem ff. de excus. tuto. Cuiac. lib. 2. feud. cap. 1. Cicero pro Cæcin.* Hæc est illa æquitas, quam perfectam rationem appellant, quæ leges strictumque ius interpretatur & emendat, nulla scriptura comprehensâ, sed solùm in vera ratione consistens. Cùm enim omnes articuli sigillatim legibus non possint comprehendi, hinc iudex in casibus lege non expressis & similibus, æquitatis ratione ad similia procedere, & iurisdictione sua legis defectum supplere debet. *l. neque. l. non possunt. cum seqq. ff. de leg.* Talia verò multa sunt, quæ certis & præcis regulis comprehendi non possunt, sed necessariò religioni & prudentiæ iudicis committuntur. *l. 3. ff. de testib. l. utrumque ff. de inter. act.*

Pulchrè Gothofr. ad l. placuit. C. de iudic. & l. 1. C. de legib. Anto. Feb. in Iuri feud. Papina. tit. de iust. & iur. cap. de equitate & bona fide illat. 1. Gouca. lib. 1. comment. Linc. c. 7. Fauchon. lib. 1. contro. iur. c. 3. Duare. lib. 7. disput. annuversariarum. cap. 18. M. Antonius Delrio in suis Atifellan. in annotationibus ad d. l. prope vit. & d. l. placuit, ubi plures concordantes adducit. Conna. lib. 1. comment. variis exilia. cap. 11.

ASSERTIO VI.

Quilibet Populus, & qualibet civitas ius sibi condere propria auctoritate non potest.

QUÆRITUR, An qualibet civitas possit propria auctoritate ius statuere, sine permisso superioris? Et videtur simpliciter & indistinctè dicendum, quòd possit, quia in l. omnes populi. ff. de iust. & in hoc ius per repetitam geminationem conceditur, quòd quilibet populus & qualibet civitas proprijs legibus uti & vivere possit. Deinde frustra homines in civitates coire naturalis ratio instituisse, nisi quemadmodum inter se viverent, disponendi fecisset potestatem. Verùm contraria sententia probabilius videtur defendi posse, quòd scilicet qualibet civitas propria auctoritate iura condere non possit, idque ex hac ratione, quia ius publicum privatorum pactis mutari non potest. l. ius publici. ff. de pact. Atqui civitates Pop. Romano subiectæ privatorum loco habentur. l. bona. 15. de V. S. Ergo non possunt contra iuris publici formam arbitrio suo leges ferre. Hinc ergo concludendum videtur, quòd civitates possunt quidem leges ferre, quas municipales dicimus; sed non tales, quæ iuri publico, aut Principis constitutioni derogent; & valent earum statuta magis in vim cuiusdam pacti, quàm legis, l. ult. ff. de coll. & corp. l. ult. C. de leg. Itaque si iuri communi, aut Principis edictis statuta civitatum repugnent, non valebunt, nisi confirmatio Principis accedat. l. 3. §. Divus ff. de sep. viol. Ita notat Baro ad l. 3. ff. Quod cui. am. no.

Obijciunt l. Antiochenis ff. de privi. cred. ubi dicitur, quòd Antiochia civitas iure proprio, seu lege patria contra iuris communis dispositionem privilegium habeat, ut tacita & privilegiata hypotheca in bonis debitorum utatur. Ergo propria & peculiari potestate possunt civitates leges & privilegia concedere sine auctoritate Principis. Resp. sub distinctione. Aut civitates sunt libere, nullius iurisdictioni subiectæ, ut sunt civitates imperiales, & hæc si regalia habent, cōdere sibi quaslibet leges proprio iure possunt.

possunt. *d.l. Antiochensum*. Aut recognoscunt superiorem, ut oppida Principum, & hæc possunt facere statuta, dummodo iuri publico, ut Principis edictis, non repugnent. *Vide Zaxium ad l. de quibus m. 15. & 16. ff. de legib. ubi hanc distinctionem comprobat.*

ASSERTIO VII.

Lites & controversiæ ex præscripto legum, non ex arbitrio iudicis dyudicari debent.

HÆc assertio probatur in §. 1. *Inst. de off. iud.* ubi pro regula traditur, quòd iudices secundum leges, constitutiones Principum & consuetudines iudicare debent. Ratio est, quia ius certum est, & æquabili fronte omnes aspicit. *l. 2. ff. de m. & fac. ign.* Itaque potius ex eo, quàm ex humanis arbitrijs quæ moveri gratia, frangi potentia, prece precione corrumpi, odio, spe aut metu concuti possunt, iudex iustitiam administrabit. Unde & debent iudices initio suscepti officij iurare, quòd secundum legum observationem iudicare velint. *l. rem non novam. C. de iudic.* Cujus iurisiurandi formula præscribitur in *Novel. 8.*

Obijciunt Auth. hodie C. de iudic. ubi dicitur, quòd hodie iudices iurant se facturos, secundum quod eis visum fuerit iustius & melius. Resp. Hoc ita intelligendum est, ut istud iustius & melius secundum leges examinari & decidi debeat, ut patet ex *d. No. 8.* dum ait textus: Neutri parti præter ius & fas addictus ero, & æquitatem in omnibus conservabo.

Secundò obijciunt l. placuit. C. de iudic. quæ iubet æquitatis magis, quàm iuris rationem haberi. Resp. In casibus lege expressis, lex sequenda est, etiam si dura aut iniqua videatur. *l. prospexit. ff. Qui & à quib. & c.* Cum verò omnes articuli legibus comprehendi non possint, iudex in casibus lege non expressis, & similibus, æquitatis ratione ad similia procedet, & iurisdictione sua legis defectum supplebit. *l. neque l. non possunt ff. de ll.* atque ita intelligenda est *d.l. placuit.* Si autem casus sit ambiguus, ut iudici non liqueat, vel articulus controversus scripto & sententia legis non contineatur, tunc Princeps consulendus est, qui solus potest legem dubiam interpretari, & ad alios casus, in quibus eadem ratio non militat, legem producere. *l. 1. C. de relat. l. ult. C. de legib.* Ita accipienda est *l. 1. C. de legib.* quæ ait, inter æquitatem & ius soli Principi licet interpretationem interponere. Hoc est, cum sententia legis ambigua est, & casus oblatus scripto aut sententia legis non comprehenditur, ipsaque æquitas cum scripto iure colligere videtur, tunc solus Princeps arbitrium suum interponet.

ponet. *l. & ides xi. ff. de legib.* Vbi dicitur, de ijs quæ primò constituuntur, aut interpretatione, aut constitutione Principis certius quid statuendum est. Atqui ubi voluntas & sententia legis certa est, potest iudex legem interpretari, & ad similia procedere. *l. non possunt 12. ff. de leg.* Vbi dicitur, cum sententia legis manifesta est, tum is qui iurisdictioni præest, ad similia procedere, & ita ius dicere debet. *Vide Conn. lib. 1. Com. iur. c. xi. num. 7. & 8. Oldend. in libel. de iure & aequitate.*

A S S E R T I O V I I I.

*Consuetudo non introducitur decennio, neque duobus actibus
— contra communem DD. opinionem.*

AD introducendam consuetudinem requiritur actuum frequentia, & tempus, iudicis arbitrio definienda: neque sufficiunt duo actus, & decennium, ut communis habet opinio. Hoc enim commune DD. placitum, quod longo tempore, (quod decennio terminant) & duobus actibus introducatur consuetudo, à iuris intellectu longissimè abest. Primùm quippe non duobus actibus, sed multis & antiquis exemplis opus est ad consuetudinem introducendam, *l. 1. C. Quæ sit lon. conf.* vbi dicitur, probatis ijs, quæ in oppido frequenter in eodem controversiarum genere servata sunt, præses provinciae statuet. Frequenter autem fit, quod sæpè & crebrò, non quod bis aut ter fit. Sic frequens Senatus dicitur, non vbi duo aut tres, sed multi sunt congregati. Consuetudo enim est habitus quidam, qui non vno atque altero actu, sed longa observatione acquiritur. Juxta commune axioma Logicum, quod vna aut altera actione non acquiritur habitus. Vt ergo consuetudo legitimè introducatur, requiruntur actus tam frequentes, ex quibus verisimile sit ius hoc in Populi notitiam pervenisse. *d. l. 1. l. 3. C. de adif. priva.* Vnde duo vel tres actus non statim faciunt consuetudinem, sed hoc potius iudicis arbitrio relinquendum est, ut is statuatur, quot actibus Populi notitia & consensus comparetur. Ita tradunt *Azo in sum. C. Quæ sit lon. conf. Wesem. in parat. de legib.*

Opponitur *l. 3. C. de episc. aud.* vbi dicitur, quòd qui bis deliquit, consuetus sit delinquere: unde colligitur, ex duobus actibus introduci consuetudinem. Resp. In consuetudine vel assuefactione vnus hominis, quæ non facit ius, sufficiunt duo actus, ad probandum, vtrum sit ille ita assuetus vel non. *l. vel universorum ff. de pig. act.* In consuetudine autem quæ ius facit, certus numerus actuum non est determinatus, ideoque hoc
iudicis

iudicis arbitrio est relinquendum. arg. l. 1. ff. de In. delib. Curt. ad c. ult. de consuet. sect. 4. num. 37. & 39. Neque sufficit decennij spaciū ad inducendam consuetudinem: nam requiritur, vt inveterata sit consuetudo. l. de quibus. ff. de leg. Quod de spacio decennij intelligi non potest, cū vetus factum dicatur, quod à nostra memoria remotum est, l. 2. §. 1. ff. de aqu plu. arc. Sic etiam longæva consuetudo appellatur in l. 2. C. Que sit lon. conf. Longævum autem spaciū de centum annis dicitur l. an vsus fructus §. 6. ff. de vsufr. l. ult. C. de SS. eccles. Cū ergo de tempore inducendæ consuetudinis variè leges statuant, & modò longævum, modò diuturnum, modò inveteratum tempus requirant, rationi magis consentaneum est, non esse hoc tempus certò à iure definitum, quia incertum est quanto tempore notitia seu consensus Populi acquiratur: itaque iudicis arbitrio hoc tempus definiendum est. Cuia. in para. C. Que sit lon. conf. & lib. 20. Obs. c. 1.

Neque in contrarium facit, quòd consuetudo dicatur longa & diuturna: quæ verba de decennio interpretes accipiunt, eoq̃ue solo argumento nituntur: quia & his verbis, longi & diuturni temporis quadraginta anni aliquando significantur, l. 2. in verb. ne conductor diu res alienas tenendo, proprietatis ius usurpet. C. de præf. 30. an. l. qui in provincia §. 7. ff. de rit. nup. Cuia. lib. Obs. 18. c. 28. Conna. lib. 1. com. c. 10. num. 6. Menoch. in arbitrar. Iud. lib. 2. quest. 83. vbi tradit iudicis arbitrio relinquendum, quanto tempore introducatur consuetudo, quia in iure non reperitur Lex, qua hoc tempus certò sit declaratum, vel definitum.

ASSERTIO IX.

Consuetudo abrogat & emendat Legem scriptam.

PROBATUR hæc thesis in l. de quibus. 32. ff. de leg. Vbi Iulianus ait, leges tacito consensu omnium per desuetudinem abrogari. concordat §. pen. Inst. de in. nat. gent. & civ. Abrogat itaque consuetudo legem scriptam, & si generalis est consuetudo, quæ ubique servatur, vincit legem scriptam generaliter: si verò specialis est, tollit legem in eo loco, ubi viget. d. l. de quibus, vbi gl. ma. na. l. venditor. 13. §. si constat. ff. Com. præd. l. item d. in fin. princ. ff. Quod cui vnius nom.

Obijcitur Constantini rescriptum in l. 2. C. Que sit lon. conf. cujus hæc sunt verba: Consuetudinis vsusq̃ue longævi non est vilis auctoritas, sed non adeò sui valitura momento, vt rationem vincat aut legem. Ex quo consequi videtur legem consuetudine non posse abrogari. Ad hanc antinomiali respondendum, quòd consuetudo quidem legem tollat & abro-

B

get, sed

get, sed tamen legislatoris potestatem & auctoritatem non adimit, quin possit consuetudinem vitiosam tollere & emendare, vel alia lege postea lata, vel legem consuetudine oblitteratam iterum in usum revocare. Ideoque non dicitur *in d. l. 2.* quod consuetudo non possit legem abrogare, sed quod legem non vincat: hoc est, non potest consuetudo legislatoris auctoritatem infringere, quin possit lege nova certiori & aequiori ratione stabilita, vitiosam consuetudinem tollere & emendare. Ita eruditè & graviter respondet *Oldend. in princ. cl. ff. cui ad stipulatur Contin. in d. l. 2.* Opponitur 2^o *l. 3. §. Divus. ff. de sep. viol.* ubi rescripto Divi Imper. Adriani statuitur pœna 40. aureorum in eum, qui mortuum in civitate sepelivit, & additur, eam pœnam habere locum, licet consuetudo vel statutum municipij contrarium permittat. Respondet *Accurs. rectè in d. §. Divus*, quod ibi consuetudo vel statutum novam constitutionem Adriani principis præcessit, quæ consuetudo per subsequentem legem abrogatur. Sed consuetudo nova superveniens post legem ante latam, derogat legi præcedenti.

A S S E R T I O X.

Consuetudo tam per actus extraiudiciales, quàm iudiciales introducitur.

PROBATVR primò consuetudo per sententias Iudicis definitivas, si nominatim in ijs fiat mentio consuetudinis, vel si in sententia iudicis consuetudo confirmetur, *tex. in l. cum de consuetudine. 34. & l. nam Imperator 38. ff. de leg.* Secundò per actus extraiudiciales consuetudo probatur, sed toties tamen repetitos, ut de tacito Populi consensu ex ijs constare possit. *d. l. 34. l. sed & ea. l. nam Imperator. ff. d. tit.* Et hæc est communis DD. sententia, quod etiam actus extraiudiciales ad introducendam consuetudinem sufficiant, ut notant *Currius in tract. de consuetud. sect. 4. m. 34. & sequ. Guil lib. 2. Obs. c. 31.* ubi secundum eam sæpius in Camera imperij iudicatum refert.

Sed obijcitur *d. l. cum de consuetudine, 34. ff. de leg.* ubi dicitur, ad probandam consuetudinem illud imprimis explorandum esse, an etiam contradictorio iudicio aliquando sit firmata. Resp. Illud non rectè ex *h. l.* colligitur, non aliter quàm actibus iudicialijs probari consuetudinem, cum ex tacito populi consensu ea introducatur, *l. de quibus. ff. de ll.* In ijs autem quæ solo consensu inducuntur, iudicis auctoritas vel presentia non est necessaria. *l. si ve apud actus C. de trans.* Rectè itaque illi hanc *l.* interpretantur,

tantur, qui censent *IC*um magis hoc loco consilium dare, quàm necessi-
tatem imponere. Ita sentiunt Corraf. & Vacca in *d.l. cum de consuetu-*
dine. Vel dicendum potius *cum Bartolo in d.l. de quibus. num. 13. ff. de legib.*
quòd textus in *d.l. cum de consuetudine* dicat, videndum in probanda
consuetudine, an etiã contradictorio iudicio sit firmata: vbi dictio Etiam,
quæ est implicativa particula, arguit aliter quoque quàm per actus iudi-
ciales probari consuetudinem. Adde, quòd in *d.l. nam Imperator*, alter-
nativè ponatur, vel consuetudinem, vel res perpetuò iudicatas vim legis
obtinere. Illud etiam notandum, quòd Accurs. in *d.l. cum de consuetudine*,
addit negationem, & putat ita legendum, explorandum an non contra-
dicto iudicio consuetudo aliquando sit firmata. Quo nomine tamen re-
prehenditur ab *Ant. Augustino lib. 2. emendat. c. 3.* vbi notat affirmativè
Legendum, vt in vulgatis & Pandect. Florentius legitur, primum illud
explorandum arbitror, an etiam contradicto aliquando iudicio consue-
tudo sit firmata.

Secundò adversatur *l. i. C. Quæ sit long. cons.* ubi statuitur in consuetu-
dine indicenda probanda esse ea, quæ in oppido frequenter in eodem
controversiarum genere sunt observata. Resp. Ille textus non dicit, quòd
debeat esse iudicatum secundum consuetudinem, sed quòd debeat pro-
bari observantia, & sic ipsa consuetudo. Vel dicendum, quòd ille textus
loquitur de consuetudine, quæ est circa cognitionem litium, & decisio-
nem causarum forensium, quam debet iudex in similibus causis deci-
dendo sequi & observare.

ASSERTIO XI.

Princeps legibus solutus est.

CVM Princeps sit supra leges, & omnem condenda, interpretanda
deroganda & abroganda Legis potestatem habeat. *l. i. C. ult. C. de leg.*
hinc sequitur, quòd legum observatione non teneatur. *l. princeps ff.*
de leg. l. 3. C. de testa. l. ex imperfecto 23. de leg. 3. Licet autem leges & con-
stitutiones non ligent ipsum Principem, tanquam legislatorem, auctorita-
te; honestate tamen & naturali ratione eum contringunt. *l. digna vox C.*
de legib. d. l. 3.

Predicta autem assertio de civilibus legibus & solennibus iuris acci-
pienda est, quibus Princeps non tenetur, vt sunt solennia iudiciorum
contractuum & testamentorum. Hinc in testando non tenetur Princeps
ad testamentariam observationem, quia eius presentia supplet omnem
solennitatum defectum. *l. omnium C. de testa. Corraf. lib. 2. Misc. c. ult.* Sic &

Princeps, quæ non iure minusque solenniter facta sunt, confirmare potest, ut adoptionem non ritè factam, *l. adoprio 38. ff. de adop.* Sicuti & matrimonium non ritè contractum, statumque Liberorum non iure quasi-torum corroborare Principem, probat *l. qui in provincia 57. ff. de ritu nupt.* ubi princeps confirmat matrimonium contractum inter avunculum, & neptem eius. Verùm legibus naturæ & gentium Princeps non est exemptus. *l. 2. §. 1. ff. de reb. cor. qui sub tute.* Vnde pacta & contractus cum subditis initos servare tenetur, ex iisque obligatur efficaciter, *tex. in c. 1. ubi CC. ex. de proba. L. Casar. ff. de publica sc. 1. de natu. Fend. lib. 1. Fend. t. 7. d. l. 2. §. 1. ff. de reb. eo. qui sub tutel. Wesf. in parat. de const. Princ. Bart. ad d. l. digna vox.*

Contrarium autem tradunt ut plurimum interpretes, Principem scilicet ex contractibus cum subditis initis, tantum iure naturali seu gentium ex consensu obligari. *per l. 1. cum amplius. §. is natura. ff. de R. I. l. Stichum. §. naturalis. ff. de solu.* non verò civiliter. cum civilibus præceptis Princeps censeatur esse solutus. *Ab. Feli. & Deci. in d. c. 1. Sed verius Molinens in addit. ad Decium in d. c. 1. & Bald. in d. l. Princeps,* existimant, Principem non solum naturaliter, sed etiam civiliter & efficaciter ex contractibus cum subditis initis obligari, ne Princeps alioqui omni commercio exuatur. Constant enim contractus Arithmetica proportionem, quæ in commutatione commerciorum æqualitatem planè exigit, nec considerat an aliquis Rex vel subditus sit, dives vel pauper, sed vult omnes contrahentes ultro citroque æqualiter obligari, & idè contractus non debent claudicare. *l. cum. emptor ff. de resc. vend. L. Labeo 19. de V. S.* Vide Larius de hac quæstione differentes. *Bodin. lib. 1. de Repub. c. 8. & 10. Fachin. lib. 1. contro. Iur. c. 2. Cuiat. lib. 15. Obser. c. 30. & lib. Obs. 26. c. 35. ubi d. l. princeps.* de legibus caducarijs & pœnarijs accipiendam esse defendit, quod scilicet illis legibus princeps sit solutus. *Quam L. Corus. lib. 2. Misc. c. ult. & Donel. lib. 1. comment. c. 17. de Solennibus iuris accipiunt.* Quod scilicet Princeps Solutus sit, & non obnoxius Solennitatibus contractuum testamentorum, & iudiciorum.

ASSERTIO XII.

Communis error minimè facit Ius.

LEGES omnes iuris Romani certo animi iudicio, ex naturalibus notitijs, iustis & rectis rationibus promulgatæ sunt. Ius enim est ars æqui & boni, quæ non ex vago errore & incerto impetu primum cœpit; sed ex certis præceptis honestati & publicæ utilitati convenientibus col-

bus collecta est. Vnde minimè dubium est, illud axioma DD. quòd communis error ius faciat, legibus non esse consentaneum.

Probare conantur hoc enunciatum primò per *l. Barbarius. ff. de off. prætor.* ubi dicitur, quòd acta à Prætore servo, qui liber credebatur, dum prætura fungeretur, rata & firma sunt. Ex quo colligunt, quòd communis error & opinio faciat ius. Verùm respondendum ad *d. l. Barbarius*, quòd summo iure acta & decreta Prætoris servi, valere & effectum habere non potuerunt: verùm ex benignitate propter utilitatem publicam placuit ea rata ac firma esse: ne tam multæ sententiæ benè latæ rescinderentur, ac multorum civium iura & possessiones turbarentur. *Enlité & accurate Hotom. illust. quæst. 17. Govea. lib. 1. Var. lect. c. 6. Cuiat. lib. Obs. 18. c. 33.*

Secundo probare intendunt hoc axioma, per *l. 3. §. si. ff. de sup. leg.* ubi Paulus respondit, quòd error ius faciat. Respondendum, quòd in dispositione patrisfamilias circa rem familiarem & domesticam error quidem testatoris ius faciat, sed tamen communis error Populi non facit ius universale inter omnes homines. Quod ut rectius intelligatur, & sententia *d. §. fin.* dextrè explicetur, sciendum est, quòd supellectilis appellatione aurea & argentea escaria & potoria vasa non continentur, propter sæculi severitatem, nondum admittentis supellectilem argenteam: si tamen probetur testatorem ea supellectili adnumerasse, appellatione supellectilis comprehenduntur. *d. l. 3. §. pen. l. cum quidam. ff. eo.* Ratio est, quia in his rebus testatoris usus prævalet, & præcipuè attenditur. Malè ergo ex *d. l. 3.* colligitur, quòd communis error ius faciat. sed hoc tantum ibi indicatur, quòd error testatoris in vocabulo ius faciat, in rebus quæ pendent ab eius voluntate & dispositione; quod non rectè interpretes ad quemvis errorem indistinctè perduxerunt. *Cuiat. ad lib. 3. sent. Paul. c. 6.*

ASSERTIO XIII.

Communia à publicis differunt non usu, sed proprietate. Communia enim ab omnibus per partes acquiruntur occupando, etiam quoad proprietatem; publicorum verò proprietas est in bonis Populi.

QUO differant inter se communia & publica, & diversæ distinctæque sint species, patet ex *§. 1. Inst. de re. div.* ubi res dividuntur in quinque genera, in communes, publicas, universitatis, nullius, & singulorum. Differunt autem communia à publicis non usu, (usus enim

communium & publicorum promiscuè omnibus patet) sed proprietate Communia enim ab omnibus occupando acquiruntur tam vfu quam proprietate: & quantum quisque occupat ex communibus rebus per partes, ipsius efficitur proprium: communium enim proprietas jure gentium nullius est, ideoque occupanti conceditur. §. *littorum. Inst. de re. div. l. quod in litore ff. de acq. re. do.* Exempli gratia, quilibet in mari vel litore maris potest insulas ædificare, moles pilasve jacere, & ædificans constituitur dominus ædificij & soli, quamdiu ibi ædificium manet. *l. ergo 30. §. ult. l. quamvis. 50. ff. de acq. re. do.* Publica verò patent quoad vsum omnibus, sed non quoad proprietatem: cum proprietas publicorum sit in bonis Pop. vel imperij Romani. §. *flumina. & ibi Theop. & Cuiac. Inst. de. re. divi.* Unde nec occupanti flumen proprietatem conceditur, ut bene Johannes antiquus interpretes sensit, cum sit proprietatem ejus occupata à Populo. *l. 7. §. 4. ff. de acq. re. do.* Hinc & nemini permittitur in flumine publico molendina vel alia opera extruere sine Principis aut Senatus permisso. *l. 2. §. si quis à principe. ff. Ne quid in lo. pub. l. 2. in verb. nisi Imperator vetet §. de flumin.* Ulius tamen fluminum est communis, ideoque jus piscandi in flumine omnibus competit. *d. §. flumina.*

Obijcitur *l. 2. §. de re. divi.* ubi Martianus in divisione rerum, quatuor tantum genera enumerat, & omittit publica: ubi communium appellatione videntur publica comprehendere, & sic inter communia & publica nihil erit differentie: quæ *l. pugnat cum §. 1. Inst. de re. divi.* Resp. sub rebus universitatis comprehenduntur publicæ: bona enim universitatis alia sunt Populi seu imperij Romani, & hæc propriè dicuntur publica: alia sunt bona civitatum publica, & hæc non propriè publica dicuntur, sed potius res universitatis: quia civitates loco privatorum habentur. *l. bona 15. cum ll. seqq. ff. de V. S. l. usucapionem 9. in verb. publicis Pop. Romani. ff. de usuc. Weserm. in princ. tit. Inst. de re. divi.* Idque etiam comprobatur per *l. 1. ff. eo.* ubi Paulus disertè ait publicas res nullius in bonis esse, addita ratione, quia universitatis sunt. Vel ita responderi potest, quod *Martianus I. C. in d. l. 2.* omisit publica: hoc supplet *idem I. C. in l. 4. ff. eo tit.* addit quartum membrum rerum, scilicet res publicas, dum inquit, Sed flumina penè omnia & portus publica sunt.

Secundò obijcitur *l. littora ff. Ne quid in lo. pub.* ubi dicitur littora esse Pop. Romani. Resp. Littora Pop. Romani, & sic publica esse dicuntur, quoad imperium seu jurisdictionem. Licet enim mare litusque omnibus sit commune, etiam quoad proprietatem, tamen magistratus Pop. Rom. illis legem modumque imponere potest, quatenus ijs sit utendum: puta navigando, ædificando, ne quilibet pro suo arbitrio, & cum damno Reipub.

Reipub. vsum eorum sibi vindicet. d. l. litora. & d. l. quamvis. Wesem. ad
d. §. flumina.

ASSERTIO XIV.

*Iudex secundum ea quæ allegantur & probantur in iudicio,
non secundum ea, quæ scit ut privatus, iudicare debet.*

VERVS est disputatio, tam inter Martinum & Johannem, veteres
glossatores, quam Jurisperitos recentiores agitata, Vtrum iudex se-
cundum conscientiam, an potius secundum acta, & probata iudicare
debeat. Martinus defendit, iudicem conscientiam suam in iudicando se-
qui oportere. Johannes voluit iudicem, iuxta allegata & probata pronun-
ciare debere. Verior est in hoc conflictu opinio Johannis, quod iudex po-
tius probationes, quam conscientiam sequi in iudicando debeat: Ratio
est, quia tutior hæc est ratio finiendarum litium, quam si obtentu scientiæ
iudicis permiseris, vt nulla habeatur ratio probationum. Probatur hæc
decisio in *l. illicitas §. Veritas ff. de off. pref.* vbi statuitur, quod præses pro-
vinciæ, fidem eorum, quæ probabuntur sequetur. Secundò confirmatur
hoc argumento, quod nemo possit simul testis & iudicis partibus fungi.
Sed si licebit iudici, secundum ea, quæ scit iudicare, probationibus deli-
cientibus, aut his, quæ in iudicio productæ sunt, planè contemptis, simul
testis & iudicis partibus fungetur, quæ pariter in vna persona convenire
non possunt. Et hæc est omnium ferè DD. sententia, tam à Canonistis,
quam à legistis approbata, teste *Cospitalio in d. §. veritas.*

Non adiuvat sententiam Martini *l. si irruptione, ff. Fin. reg.* vbi dicitur,
quod tutissimus probandi modus sit, in finibus agri dirimendis, si ipse ju-
dex loca oculis suis subiiciat: vnde colligitur, iudicem in iudicando, suam
conscientiam, & animi arbitrium sequi debere. Quia respondendum,
quod in finibus agrorum distinguendis, iudex coram fines intruere debet,
& secundum id, quod veniens in rem præsentem comperit, iudicabit. Ita-
que non ibi iudicat, secundum ea, quæ scit vt privatus, sed secundum ea,
quæ evidenti demonstratione sibi probata sunt, ut iudici.

Non obstat quoque *l. vnic. C. ut que. des. adus.* Ubi dicitur iudicem de-
bere ea, quæ à litigantibus omissa sunt, supplere; nam hoc ipsa lex ita de-
clarat, quod ea quæ iuris sunt, possit iudex ex officio supplere, sed non
quæ facti sunt: itaque nec probationes, quæ in facto consistunt, litiganti-
bus suppeditabit.

Tertiò opponitur *l. 3. vers. Tu magis scire debes. & §. eiusdem ff. de testi-*
bus. vbi

bus: ubi dicitur iudicem posse ex præsumptionibus, coniecturis, & indiciis fidem non adhibere testium dictis. Ergo poterit iudex testium probationes omittere, & sequi potius propriam scientiam. Resp. Non sunt probationes in mero iudicis arbitrio positæ, ita ut possit veras, & perfectas probationes reiicere, & semiplenas pro plenis admittere, sed hoc iudicis arbitrium legibus & constitutionibus debet esse conforme, ita ut neque veras & legitimas probationes reiiciat, neque falsas & illegitimas admittat: potest tamen iudex circumstantias personarum & factorum examinare in testibus, ita ut videat an testes sint integræ famæ, an verò infames: an lucri, vel odii gratia quid dicant; ita ut suspectos repellat, idoneos verò & fide dignos admittat.

Quartò contra hanc sententiam adfertur *l. illicitas §. veritas ff. de off. præf.* ubi dicitur, quòd veritas rerum, gestorum, id est, actuum iudicialium, erroribus non vitatur: quasi dicat IC. quòd veritas cuius iudex sibi conscius est, nullis probationibus, seu testimoniis vitari debet, itaque iudex propriam conscientiam in iudicando sequetur.

Resp. Vera interpretatio illius textus est, quòd iudex debet ex veris probationibus, non ex simulatis & falsis instrumentis, sententiam dicere. Quòd si constiterit iudici, ea esse falsa, minimè veritas erroneis & falsis instrumentis vitiabitur: ut puta, Ego chirographo cavi, me tibi centum debere ex mutuo, quæ mihi verè mutuata non sunt. Hoc si apud iudicem probavero, iudex non sequetur meum errorem in cautione, seu chirographo commissum, sed probatam veritatem in iudicio.

Sed qua ratione iudex conscientiam suam liberare & purgare poterit, quando scit rem aliter se habere, quàm à litigantibus probatum est? an contra animi sui sententiam, & rei gestæ veritatem iudicabit? Hic dicendum est, quòd tutius faciet, si à iudicando abstineat: itaque deposita interrim persona iudicis, assumet personam testis vel accusatoris, quo veritas patefiat, ac ad maiorem iudicem, causam iudicandam reiiciet. Cautum enim est legibus, quoties casus est ambiguus, ut iudici de veritate vel iure eius non liqueat, quòd ad maiorem iudicem, vel principem causam referre teneatur, illudque quod sibi responsum fuerit, exequetur. *l. eum quem 79. §. ult. ff. de iud. l. 1. §. 3. C. de relat. §. finali. No. 82. de indicib.* Itaque si res gesta non nisi Principi aut magistratui cognita est, testem quidem agere utrique licet, iudicem non licet. *ut Azo consultus à Præside Bononiæ, qui sine teste eadem admitti viderat, respondisse dicitur. Bodin. lib. 6. de Repub. cap. ult.* Postremò notandum, quod Iudices supremarum curiarum iudicare debent secundum conscientiam, quod in curia parlamenti Delphinatus observatum refert *Guido Pape quest. 29. in decisionibus Gratianopolitanis.*

Appro-

Approbant & laudant hoc consilium, *Alcia. ad l. inter hæc verba 179. de V.S. Hotoman. in illust. quest. qu. 25. Cuiac. lib. Obs. 12. cap. 19. Covarru. lib. 1. var. resol. c. 1. qui tamen hanc cautelam in medio relinquit.*

ASSERTIO XV.

*Rectè Azo contra Lotharium defendit, quòd solus princeps
non habeat merum imperium, sed & alij magi-
stratus contra ALCIATVM.*

VETVS est quæstio, An Imp. solus habeat merum imperium, an ve-
rò & alij magistratus? quæ olim in diversas & contrarias partes agi-
tata fuit à Lothario & Azone IC^{tis}: cùm ab Imp. Henrico Lucel-
burgensi ipsis fuisset proposita. Lotharius siquidem Cæsaris gratiam ca-
ptans, solum Imp. merum habere imperium respondit. Azo verò defendit,
merum imperium in Imperatore quidem tanquam fonte residere, sed ni-
hilominus alijs magistratus hanc potestatem habere. Azo in sum C. de iu-
risd. Licet autem opinio Lotharii probeatur *Alciatolib. 2. paradox. c. 6.* ta-
men vera non est, neque legibus congruit, cùm etiam alijs quibusdam ma-
gistratibus meri imperii exercitium competat. *arg. l. cognitio. §. cum propriam
ff. de off. eius cui, & c.* Probat hoc quoque rotundus & apertus *tex. in l. illi-
citas. §. qui universas. ff. de off. pref. ubi dicitur: Qui universas provincias
regunt, ius gladii habent, & in metallum damnare possunt.* Hæc Azonis
sententia communi DD. calculo recepta est, ut testatur *Auto. Vacca in
d. §. qui universas.*

Pro sententia Lotharij adfertur *l. 1. ff. de off. eius cui, & c.* ubi dicitur, ma-
gistratus tantum habere exercitium meri imperij, imò sæpius executores
& administratores appellantur. *No. 60. Ut defuncti seu funera eorum non
iniurientur. cap. 2.* Unde inferitur, ipsum ius meri imperij principi tantum,
exercitium verò, quod in facto consistit, alijs magistratibus competere.
Resp. Hæc verba legis Azo interpretatur, ad ipsum ius necessariò perti-
nere, quia in d. l. 1. disertè scribitur, magistratibus ius meri imperij specia-
liter datum esse à lege, S C^{to}, vel constitutione principum. *Item in l. 4. ff.
de off. pref. affirmatur præsidem maximum imperium post principem ha-
bere.* Hæc verba dare, & habere, ius, & proprietatem significant, non
verò exercitium tantum, seu administrationem, quæ in facto consistit.
Adde l. 1. §. qui mandatam. ff. de off. eius cui & c. Ubi dicitur merum impe-
rium magistratibus Lege datum. *Fac. l. Lege Italica. & l. qui dolo. ff. Ad l.*
C *Int. de*

Inst. de vi pub. vbi dicitur magistratus habere imperium potestatemve, & alios infinitos locos similes, quos curiosus Lector inquirere poterit. Vno tamen intuitu solum opinio Lotharij defendi potest, videlicet quatenus magistratuum creandorum cura ad principem spectat, nam tunc magistratum ab eo accipiendo, etiam merum imperium accipere videntur. *l. i. ff. ad. l. Inst. amb.* Approbant hanc sententiam *Muscornus in tracta. de iurisdic. Bellohus Lib. i. supputat. Iuris. c. i.*

ASSERTIO XVI.

Merum imperium delegari non potest, & ne quidem propter absentiam promiscue delegari potest.

QUÆCUNQUE specialiter, hoc est, nominatim & expresse lege, SC^{to}, vel constitutione principum tribuuntur, ea non possunt alteri mandari, *l. i. ff. de off. eius cui, & c.* Tale est merum imperium, quod specialiter lege datur, nec competit ordinario iure magistratus, ideoque ab eo cui datum est, alteri delegari nequit. *l. nemo potest 70. ff. de R. I.* Ratio est, quia specialiter potestas meri imperii, nimirum disceptatio coercitioque criminum, certis magistratibus, ob singularem fidem, & industriam, ad hoc delectis concessa est. Cum enim antiquitus non liceret injussu populi, in civis Romani caput animadvertere *l. 2. §. Deinde cum ararium. ff. de orig. ju.* ideo exercitio meri imperij, à populo vel principe, legibus publicorum iudiciorum certis magistratibus specialiter tributa fuit, arg. *l. aliud 131. in fi. de V. S. l. siquid erit ff. de off. procons. d. l. 2. §. Deinde Cornelius.* Maius enim negotium maioribus nostris visum fuit, de liberi hominis capite statuere, quam ut cuiusvis magistratus arbitrio id permetteretur, qui non etiam à tota Repub. (de cuius membri mutilatione agebatur) mandatum accepisset.

Obiicitur quod legati proconsulis, qui mandatam habent iurisdictionem, possint etiam criminales causas definire, quæ meri sunt imperii. *l. scilicet ff. de off. procons.* Resp. Mandata iurisdictione legatis, non transit ad eos merum imperium, nisi quod causas criminales audire tantum & cognoscere possint, usque ad sententiam, non verò iudicare, aut exequi. Hinc statuit Justinian. legatos proconsulum posse omnia agere, quæ ipsi proconsules possunt, citra tamen ultimum supplicium, aut membri amputationem. *§. antequam No. 128. de collator. & alijs capit.*

Secundò obiicitur *l. 2. C. de off. eius qui vic. alter.* vbi vicarius potest omnia quæ ad iurisdictionem prædis pertinent, actitare, imò potest etiam exercere

exercere ea, quæ specialiter Lege, SC^{to}, vel constitutionibus Principum conceduntur. Resp. Lex non loquitur de eo cui à præside mandata est iurisdicção, sed de eo, cui temporis causa, præside defuncto, à Principe provincia regenda commissa est *l. i. ff. de tut. & cur. dat. ab. his, Cuiac. lib. Obs. 19. c. 15. Faber ad l. nemo potest 70. ff. de R. I.*

Tertiò opponitur *l. unic. C. Qui pro sua iurisd.* ubi dicitur delegatum Principis posse nullo personarum aut causarum habito discrimine causas aliis subdelegare. Resp. Hæc est illius Legis sententia, quod delegatus Principis possit omnes causas subdelegare, nulla habita rationem an ad suam iurisdictionem pertineant, nec ne, quia hic delegatus vicem Imperatoris repræsentat, qui in omnes imperium & iurisdictionem habet, non autem ibi deciditur, quod causas meri imperii subdelegare possit. Ita respondent *Menoch. lib. i. de arbit. Ind. quæst. 54. Fachin. lib. i. contro. iur. c. 47, & libr. 12. c. 97.*

Limitant DD. suprascriptam conclusionem, quòd delegari possit merum imperium in casu absentia per *d. l. i. de off. eius cui, & c.* in verb. non aliter mandare poterit quàm si abesse cœperit. Quæ sententia vera non est, nec quicquam iuvatur *d. l. i.* Nam primùm in illa lege hæc regula, tantquam certissimum iuris principium statuitur, quòd generaliter ea quæ meri imperii sunt, delegari nequeant: deinde subiicitur exceptio, quòd *l. Iulia* de vi nominatim cautum sit, quòd eius criminis exercitio possit in casu profectionis demandari: itaque non debet hoc quod specialiter in casu violentia *l. Iulia* concessum est, de quolibet mero imperio, hoc est, iuris gladii exercitio concedi: nam pœna *l. Iulia* de vi maximè privata, non erat capitalis, sed tantum ademptio tertiæ partis bonorum. *l. 2. C. adl. Iul. de vi.* Hodie ex constitutione Imp. Caroli V. *Inder peinlicher hals gerichtz ordnung* merum imperium propter absentiam delegari potest. *artic. 2.* Ibi *Aufs frvackheyt des leibes.*

ASSERTIO XVII.

Concessa iurisdictione à Principe, merum imperium non censetur concessum.

PROBATVR hæc thesis hisce duabus firmis rationibus. Prima est, quod merum imperium non aliis competat, quàm quibus id specialiter lege, SC^{to}, vel constitutione Principum conceditur. *l. i. ff. de off. eius cui, & c.* Igitur concessa iurisdictione non venit merum imperium, quia specialiter à lege datur. *d. l. i. §. ult.* Altera ratio est quod iurisdicção est

separata species à mero imperio, eique opposita: unde non censetur eius appellatione venire merum imperium. *l. ult. ff. de off. eius cui, &c.*

Obiicitur primò huic assertioni, quòd iurisdictione in genere accepta comprehendit sub se merum & mixtum imperium, & iurisdictionem simplicem. *d. l. 1. vers. veluti*, ubi publici iudicii exercitio, quæ est meri imperii, appellatur iurisdictione. Similiter in *l. fin. aliam 7. §. fin. cum ll. seq. ff. off. procons.* traditur, proconsulem habere plenissimam iurisdictionem, ex quo infertur in *l. seq.* eum habere merum imperium. Ergo videtur iurisdictione concessa etiam merum imperium concedi. quia semper specialia generalibus insunt. *l. semper 147. ff. de R. J.* Resp. Tunc demum iurisdictione continet sub se merum imperium, quando in generali & lata significatione accipitur. Quod tunc accidit, cum ex adiunctis verbis liquet, Principem de iurisdictione in genere concedenda cogitasse, puta si plenissimam omnem vel omnimodam iurisdictionem concesserit. Probatur in *l. 7 §. fin. ff. de off. procons. in verb. Cum plenissimam iurisdictionem Proconsul habeat. Longoval. ad. l. 3. ff. de iurisdiction. parte 4.*

Secundò adversatur, quod traditur in *l. beneficium ff. de const. prin.* quòd beneficia Principum plenissimè sunt interpretanda. Ergo & concessa iurisdictione à Principe merum imperium tributum censetur, quia in lata & ampla significatione iurisdictionis merum imperium continetur. Resp. Quod dicitur beneficia Principum latissimè interpretanda esse, hoc verum est, modò à iure arctior interpretatio per aliam legem non approbetur, quod fit in definitione huius articuli, per *d. l. 1. §. ult.* ubi dicitur, concessa & translata iurisdictione non censi merum imperium transferri. *Longon. d. loco.*

Communiter tamen in hac quæstione servatur distinctio Felini tradita in *c. quoad sedem. ex de off. ordin.* quam communem testatur *Cagnol. in l. imperium. num. 93. ff. de iurisd.* Aut Princeps donat vel concedit castrum, cui coheret merum imperium cum iurisdictione, & tunc quoque merum imperium translatum censetur. Aut Princeps simpliciter alicui concedit iurisdictionem: quo casu non tribuitur merum imperium, sed simplex seu specialis iurisdictione, quæ in causarum civilium cognitione & diiudicatione versatur. *Covarr. in. d. c. quoad sedem. num. 10.* Vide *Fachin. lib. 7. contro. cap. 69. & lib. 13. contro. cap. 19. & Menoch lib. 3. presum. presump. 97. Dissen. in Muscorius in tracta. de iurisdic. nn. 25. & 26.*

ASSERTIO

ASSERTIO XVIII.

Mixtum imperium delegari potest, & mandata iurisdictione transfertur contra communem DD. sententiam.

CONTROVERTITVR acriter à DD. an ea quæ mixti imperii sunt, delegari possint? Et licet communiter DD. concludant non posse delegari, probabilior tamen & verior apparet contraria sententia. Probatur hæc conclusio in *l. 4. §. ut possessio. ff. de off. eius cui, & c.* ubi dicitur, quod mandari potest, ut possessio bonorum detur, vel si cui damni infecti non caveatur, ut is possidere iubeatur. Quæ omnia mixti imperii esse probat *l. ea que. ff. ad Munic. & habere. ff. de iurisd.* Quod autem ex communi opinione DD. in *d. §. ut possessio.* traditur cognitionem tantum mandari posse, non autem pronuntiandi ius neque ipsam missionem in possessionem, & lege & ratione caret. *et notat. Corras. ad d. §. ut possessio.*

Secundò, mandata iurisdictione privato, etiam imperium quod merum non est, transfertur. *l. fin. ff. de off. eius cui, & c.* atqui imperium non merum, omnimodò mixtum sit necesse est, cum imperium solum dividatur, in merum & mixtum. Tertiò à Prætoribus & quolibet ferè magistratu iudicis datio alteri mandari potest: ius autem delegandi causas, seu iudices dandi, mixti est imperii. *l. cum Prætor, ibi, propter vim imperii. ff. de iudic.* Probant hanc sententiam Longoual. Goveanus & Cuiacius, aliique recentiores *ad l. 3. §. de iurisd. Baro, Coras. & Casta. in d. l. 1. de off. eius cui, & c. Alcia. lib. 2. Paradox. c. 1.*

Malè interpretes communiter sententiam suam confirmant *ex l. ne quisquam. §. ut i decretum. ff. de off. proconsul.* Vbi dicitur, quoties decretum necessarium est, per libellum id proconsul expedire non potest. Quo loco libellum accipiunt pro delegatione, quasi causam mixti imperii, quæ nobili iudicis officio, & decretis interpolitis expediuntur, non possint delegari: sed nullo iuris testimonio confirmari potest, libellum accipi pro delegatione. Verus itaque & planus eius legis sensus est, quod ubi decretum necessarium est, non satis est, quod proconsul subscribat Libello seu scedæ supplici, sed debet solenniter de negotio inquirere, & cum plena causæ cognitione interponere decretum. *l. index & l. ult. C. Commi epist. subscr. audita etiam parte adversa. l. minorum 6. C. de præd. & al. reb. minor. Alcia. lib. 2. Paradox. cap. 3.*

C 3

Postremò

Postremo obicitur *l. Vnicuique ff. de R. I.* vbi dicitur, quod ubicunque causæ cognitio desideratur, Prætor intervenire debet. *Ex qual.* colligunt interpretes, in causis magni momenti, quæ magis imperio quàm iurisdictione expediuntur, quæ ad mixtum imperium pertinent, Prætoris præsentiam requiri, ideoque tales causas non posse delegari, Resp. quod causæ mixti imperii pertineant ad Prætoris, Consulis, & aliorum maiorum magistratuum cognitionem: minores enim magistratus, qui sunt sine potestate & imperio, ut sunt magistratus municipales, non habent mixtum imperium. *l. nec magistratibus 32. ff. de iur. l. ea quæ 2 ff. Ad Munic.* Inde tamen non sequitur, causas mixti imperii non posse delegari, quia is cui Prætor vel alius magistratus mandat iurisdictionem, fungitur vice eius qui mandavit, & locum Prætoris obtinet. *l. solet 16. ff. de iurisd.*

Tertio obstat *l. placet. C. de peda. indic.* Vbi dicitur, præsidēs causas de quibus ex officio cognoscere solent, iudicibus delegare non posse. Resp. Iste est sensus illius Legis, quod Præsides gravioribus occupationibus impediti, non possunt generaliter omnium graviorum causarum cognitionem Iudicibus pedaneis delegare, sed tamen possunt speciatim, & particulariter, causas graviores, quæ mixti sunt imperii, delegare *Longoval. ad l. 3. §. de iurisd. Re var. lib. 3. ambiguit. Iur. c. ult.* Vide fusius de hac quæstione disputantem *Fachineum libro 13. contro. Iur. cap. 1. & 96. Nicolaum Genoa in conciliationibus legum pugnantium, conciliat. 3.*

A S S E R T I O XIX.

Tutoris datio, neque imperij neque iurisdictionis est. ex l. 6. §. 1. ff. de Tutel.

D I S P U T A T U R inter interpretes vehementer, an tutores dare sit mixti imperij. Alij id quidem mixti imperii esse contendunt. *arg. l. 1. ff. de iurisd.* vbi *Bart. & communiter DD.* *Commune placitum esse, affirmat Minf. ad §. sed hoc iure. Inst. de Attil. tuto.* Sed verius est, quod ait *l. Titia. in l. mutō. §. tutoris. §. de tutel.* neque imperii esse, neque iurisdictionis, sed eius, cui lex, *SCtum*, vel Princeps nominatim dedit. Itaque tutoris datio est legis, & datur legibus specialiter, hoc est, illis tantum competit, quibus specialiter dedit lex, *SCtum*, vel Princeps. Sic lex *Attilia* prætori, Lex *Titia* præsidibus tribuit ius dandi tutores. *§. 1. Inst. de Attil. tut.* Sic legati Proconsulis ex oratione *D. Marci* tutorem dare possunt. *l. 1. ff. de & cur. dat. ab his.* Tutoris ergo datio est legis, non imperii vel iurisdictionis potestate continetur. Prætor enim dat tutorem, non quia est Prætor, sed quia nominatim hoc ei dedit lex *Attilia*. Et ideo si Prætor iurisdictionem suam

Titio

Titio mandet (vt potest) in Titium non transit ius dandi tutoris, quoniam mandata sunt Titio, ea quæ sunt iurisdictionis, non ea quæ sunt legis, quæ non possunt mandari. *l. 1. ff. de off. eius cui, & c.* Itaque tutoris datio non potest delegari, quia quæ lege, SC^{to}. vel Principum placitis nominatim dantur, demandari non possunt. *d. l. 1. Obijcitur l. 3. ff. de tut. & cur. dat. ab his, & c.* vbi dicitur, ius dandi tutorem concessum esse omnibus magistratibus, etiam municipalibus. Ergo tutoris datio competit iure magistratus. Atqui talia quæ iure magistratus competunt, mandari possunt. *l. 1. ff. de off. eius cui, & c.* Resp. Ita accipienda est *d. l. 3.* quod magistratibus competit ius dandi tutores, non iure magistratus, sed ex speciali legis constitutione, & concessione. Ita eleganter respondet *Fachin. lib. 12. contro. c. ult.*

Secundò obijcitur *l. 1. ff. de iurisd.* vbi dicitur, pertinere ad ius dicentis officium pupillis tutores dare. Ergo videtur tutoris datio esse iurisdictionis. Resp. Latius patet officium ius dicentis, quam iurdictio. Nam & adeo extenditur officium iudicis, quæ non sunt iurisdictionis, sed specialis cuiusdam permissionis à Lege concessæ, qualis est tutoris datio. Sic & merum imperium, quod Lege nominatim datur, postquam delatum est magistratui, incumbit eius officio. Vnde dicitur, ad præsidis officium & curam pertinere, vt malis hominibus purget provinciam, eosque conquirit & puniat. *l. 3. & l. congruit 13. ff. de off. præf.*

Postremò adversatur §. *sed hoc iure. Inst. de Atti. tuto.* vbi dicitur, quòd magistratus municipales iussu Præsidum tutorem dent: quo innuitur iurisdictionis esse hanc potestatem, non legis, quia delegari potest. Sed hoc ita interpretandum est, quòd magistratibus municipalibus data sit potestas tutorem dandi legibus, non ex delegatione Præsidis. *l. 3. de tut. & cur. dat. ab his.* Iure suo proprio, & à lege habet hanc potestatem magistratus municipalis. sed eius officium in dandis tutoribus, iussu & monitione: Præsidis excitatur: Iussus enim ibi non pro delegatione, sed excitatione & ad monitione accipitur. *l. 1. §. magistratibus. ff. de magist. conu. l. Lucius 46. §. cum testamento. ff. de adm. tuto. Cuius lib. Obs. 15. c. 19. Baro ad d. §. sed hoc iure. Donel. lib. 3. comment. c. 3. Pac. cent. 5. 4. 69. Bello. lib. 1. supput. iur. c. 2.* Similiter non obstat, quod dicitur in *d. §. sed hoc iure Inst. de Atti. tut.* quod magistratus dent tutores secundum suam iurisdictionem, hoc enim intelligendum est, quod debeat dare tutores intra limites suæ iurisdictionis, seu territorij. *l. 1. & 3. l. pupillo 27. ff. de tut. & cur. dat. ab his, & c.*

ASSER-

A S S E R T I O X X .

*In privatis negotiis filius patrem, & pater
filium iudicem habere potest.*

IN hanc sententiam respondit Africanus, *in l. in privatis. 77. ff. de iudic.* Quæ sententia confirmatur hoc argumento, quod iudicandi munus publicum sit, & publica numera in vitis deferuntur, nisi legitimam habeant excusationem. *l. pen. ff. de vac. mun. l. si longius. ff. de iudic.* Itaque si pater filio, vel filius patri iudex detur, iudicis officio fungi tenetur, quia in his, quæ ad ius publicum spectant, patria potestas non attenditur. *l. filius. ff. De his qui sunt sui in. l. nam quod. ff. Ad S. C. Treb.*

Obstat plurimum huic assertioni *l. 10. ff. de iurisd.* ubi Vlpian. scribit, Qui iurisdictioni præest, neque sibi, neque liberis suis ius dicere debet, quæ antinomia variè ab interpretibus soluitur. Cuiacius in tract. ad Africa. hæc ita conciliat, quod Africanus in *d. l. in privatis*, ius spectaverit, videlicet filium patrem iudicem habere posse. At Vlpia. in *d. l. 10* honestatem respexit, quod non cogendus sit pater in causa filij ius dicere: respondet enim Vlpia. quod magistratus non debet ius dicere liberis suis, in altera lege dicitur, pater filium iudicem habere potest. Hæc non sunt contraria: verbo enim *debet* honestas & officium, sed verbo *potest* ius significatur: potest enim pater iudex esse in causa filij, sed non debet: rectius nanque & honestius fecerit, si iudicandi munere abstinere. Idque confirmatur *arg. l. 3. C. de pign.* ubi dicitur, quod creditor qui ex pacto auctoritate sua possessionem pignoris ingreditur, vim non facit, sed tamen auctoritate Præsidis possessionem pignoris adipisci debet. *Ubi Accur.* verbum *debet* dicit accipi pro *potest*, quod scilicet præses debet auctoritatem præsidis adhibere in adipiscenda possessione pignoris, ex præcedente pacto, non ex necessitate, sed ex urbanitate, & civilitate. Sic & verbum *debet*, accipitur pro *potest*, *in l. observare 4. §. ult. ff. de off. pro cons.* Eandem solutionem probat *Nicolaus Genoa in conciliat. legum pugnantiarum. conciliat 4.*

Doctorum tamen communem solutionem sustineri posse arbitror, qui volunt *d. l. 10.* procedere in ordinario iudice, ita quod pater non possit esse Ordinarius iudex in causa filij, idè quod Ordinarius, si fortè suspectus sit, recusari non possit, sed alius ei collega adiungitur. *Auth. si verò. C. de iudic.* At aliud est in iudice delegato, quo casu pater filium iudicem habere potest. Cuius hæc est ratio, quod iudex delegatus potest recusari. *l. apertissimi. C. de iudic.* ideoque imputer sibi adversarius cum filio litigans.

gans, quòd non recusavit patrem iudicem datum in causa filij. Sic hæc conciliant *gl. Bart. Castr. & in Zaz. in d.l. 10.*

Objicitur etiam *l. ille à quo 13. §. ult. ff. ad S C. Trebel.* vbi dicitur, quod Filius qui magistratum gerit, patrem cogere potest, vt adeat hereditatem. Resp. Magistratus prohibetur ius dicere in suorum vtilitatem. At verò aduersus se, vel contra suos ius dicere non vetatur, vt fit in hoc casu, vbi Filius qui gerit magistratum cogit patrem, vt adeat hereditatem eamque restituat.

ASSERTIO XXI.

Delegatus iudex iudicis dandi potestatem non habet.

DELEGATVS iudex subdelegare non potest. *tex. est expres. in l. à iudice. C. de iudic.* Ratio decidendi est, quia nihil proprij delegatus habet, sed vice & munere delegantis fungitur: ergo quod ipse non habet, alteri dare non potest. *l. n mo plus iuris. ff. de R. l.* Comparantur enim delegati iudices vsuarijs, vsus autem alicui concessus, personam non egreditur. *Inst. de vsu & hab.* Sic delegatus censetur saltem habere vsum personalem iurisdictionis sibi concessæ. *Si har. & Zaz. ad d. l. à iudice.* Hæc decisio ad cò vera est, vt nec si delegatus propter repentinam absentiam, aut alio impedimento iudicare prohibeatur, alium possit subdelegare. *Bart. in l. legatus 12. in fin. ff. de off. procon. per tex in l. prator. vers. si post causam ff. de vac. mun. & No. Vt de functi seu funera. §. porro illud.*

Objicitur *l. legatus 12. ff. de off. pro on. & l. cum prator. §. 1 ff. de iudic.* Vbi dicitur, quòd legatus Proconsulis iudicem dare, hoc est, subdelegare potest, quæ *lex 12.* affirmativè legenda est, sicut legitur in Pand. Florent. contra vulgarium Codicum lectionem, vt probant *d. l. cum Prator. §. 1. & l. sæpè audiui. ff. de off. pras. Ita notant Bude. Vacca & Coras. ad d. l. 12.* Resp. legatus proconsulis iudex datus non est, sed mandatam habet iurisdictionem. *l. observare. §. si. ff. de off. procon.* Ille autem cui mandata est iurdictio, differt evidenter à iudice delegato. Nam cui mandatur iurdictio, illi generaliter vniversarum causarum cognitio, seu vniversitas causarum territorij mandatur, cum aliquo magistratus seu officij titulo, vt in legato Proconsulis obtinet. Iudex autem delegatus specialiter ad certas causas constituitur, qui & pedaneus iudex appellatur. *d. l. sæpè. cum l. seq. l. 3. Ne quis eum qui in ius voc.* Idcò autem iudex delegatus alium iudicem dare non potest, quia est ejus qui dedit, minister, & iurisdictionem non habet, *c. fin. de off. iud. de leg.* E contra qui mandatam suscepit iurisdictionem, potestatem habet alium dandi iudicem, quia ipse iurisdictione

D

dictione

diſtione fungitur, licet alieno beneficio. *l. 1. §. 1. ff. de off. eius cui, &c.*
Iuriſdictio enim eſt iudicis dandi licentia. *l. 3. ff. de iuriſd.*

ASSERTIO XXII.

*Ordinarius iudex ius dicendæ mulctæ habet,
non verò delegatus.*

OR DINARIJ Iudices, ſive magiſtratus, qui iuriſdictionem habent, vt Prætor, Conſul, præfectus vrbi, item quibus mandata eſt iuriſdictio, mulctam tantum dicere poſſunt. *l. 2. §. ult. ff. de iudi. l. 2. §. 1. ff. Si qu. in ius voc. &c.* Pedanei iudices nullam mulctam dicere poſſunt, quia nullam iuriſdictionem habent, ſed tantum notionem. *l. an Prætor §. ff. de re iud. l. aliud eſt fraus 131. §. ult. de P. S.* Mulctæ dictio iuriſdictionis eſt, & mulctam is tantum dicere poteſt, qui iuriſdictionem habet.

Adverſatur primò huic doctrinæ *l. 2. C. de mo. mul.* vbi dicitur, procuratorem Cæſaris, qui tamen habet iuriſdictionem, mulctam dicere non poſſe. Reſp. In *d. l. 2. §. ult. de iudic.* traditur, eos tantum habere ius dicendæ mulctæ, quibus publicè iudicium eſt, id eſt, qui publicè iudices ſunt, ſeu qui inter omnes iudicium & iuriſdictionem habent. Atqui procurator Cæſaris non eſt publicè iudex, quia non habet iuriſdictionem niſi inter certas perſonas tantum, id eſt, inter ſiſcum & privatos. Ergo ius dicendæ mulctæ non habet.

Secundò opponitur *l. 5. C. de defen. civ.* vbi traditur, quòd defenſores civitatis ius dicendæ mulctæ non habent. Reſp. Defenſores civitatis non erant publicè iudices, ſed inter plebeios & humiles cauſas cognoſcebant non in infinitum, ſed ad certam modicam ſummam tantum, puta vſque ad 50. ſolidos, ideòque ius dicendæ mulctæ non habebant. *l. 1. de defen. civit.*

Tertiò repugnat *l. ult. C. de ſportul.* Vbi dicitur, pedaneis & datis iudicibus permiſſum eſſe mulctam dicere. Reſp. Additur in *d. l. 2. §. ult.* iudicibus delegatis, quibus non eſt publicè iudiciũ ſeu iuriſdictio, non competere ius mulctandi, niſi hoc ſpecialiter eis permiſſum ſit. Itaque in *d. l. ult. C. de ſportul.* ſpecialiter permiſit Iuſtinia. iudicibus delegatis, vt poſſint mulctare non litigatores, ſed executores litium, qui in executionibus litium & ſententiarum negligenter verſantur.

Poſtremò obſtat *non ex omnibus 39. §. 1. ff. de rec. arb.* vbi ſcribitur, arbitrum poſſe mulctare litigatorem contumacem, qui tamen iuriſdictio-

nem

nem non habet. Resp. Illud tunc procedit, ubi hoc nominatim à partibus in compromisso ei concessum est, cum non aliud quicquam vel minimum arbiter statuere possit, quam quod formula compromissi ei sit permixtum *l. non. distinguemus 32. §. de officio. ff. de rec. arb. Corras. ad l. illicitas. §. ult. ff. de off. præf.*

ASSERTIO XXIII.

Extra territorium suum ius dicenti impunè non paretur.

SI magistratus extra territorium, vel supra jurisdictionem suam ius dicat, nihil agit. *l. ult. ff. de iurisd.* Quod adeò verum est, ut si magistratus maiorem iurisdictione sua summam in sententia comprehenderit, omninò inutilis sit sententia, etiam quoad eam summam, in qua illi aliàs competisset iurisdictione. Iudicium enim & sententia pro parte valere, & pro parte non valere non potest. *l. in hoc iudicio 27. ff. Fa. ercisc.*

Adversatur vehementer *l. 5. ff. de indic.* Ubi deciditur, etiam si quis vocetur ad prætorem, ex aliena iurisdictione, debet venire, quia prætoris est æstimare an sua sit iurisdictione. vocati autem non contemnere auctoritatem Prætoris. Communiter à DD. hæc contrarietas tali distinctione conciliatur, Aut certum est, in ius vocatum non esse de iurisdictione vocantis, ut puta si magistratus aliquem vocet in ius, qui extra provinciam & territorium suum degit, & tunc vocatus impune non parebit. *d. l. ult.* Similiter si vocetur parens vel patronus in ius sine venia prætoris, & cum venire nollit, ducatur in ius, tunc actione in factum, pro injuria illata aget contra vocantem ad pœnam 50. aureorum. *l. pen. ff. de iniur. voc.* Aut incertum est, an vocatus sit de iurisdictione vocantis, & tunc citatus comparere tenetur. *l. 2. ff. si quis iniur. voc. d. l. 5.* Sic legati principum, vel civitatis, qui privilegium habent revocandi domum, tamen vocati in iudicium tenentur venire, & allegare sua privilegia. *d. l. 5. præsertim si dubitetur de eorum privilegio. l. 2. §. sed. si dubitetur ff. de indic. l. 2. ff. Si qu. iniur. voc. non ierit.* Postremò notandum, quod ea quæ sunt voluntariæ jurisdictionis, etiam apud magistratum extra territorium suum expediri possunt. Sic apud Proconsulem extra provinciam ejus manumissiones & adoptiones fieri possunt *l. 2. ff. de off. præcons. l. em. incip. tit. 36. §. apud proconsulem. ff. de adopt.*

A S S E R T I O XXIV.

Pactō quo convenit, ut incompetens iudex adiretur, antequam aditus sit, renuntiari potest.

N V L L A est iurisdictio iudicis in eos, qui non sunt suo imperio subiecti, nisi inter consentientes. *l. 1. ff. de iudic.* Possunt tamen illi, qui in iudicem incompetentem consenserunt, antequam eum adeant pœnitere, & ab ea conventionē recedere, *l. si convenerit, 18. ff. de iurisd.* postquam verò eum adierunt, amplius suam voluntatem mutare non possunt. Incompetens iudex ex consensu & aditione partium fit competens.

Verùm *d. l. 18* graviter obstat *l. pen. C. de pactis*, ubi dicitur, quòd qui semel in pacto, vel contractu aliquo renunciavit privilegio fori sui, & ita consensit in iudicem incompetentem, is omnino cogitur huic conventioni stare, & amplius voluntatem suam mutare nequit. Goveanus ita respondet, quòd quando quis non aliter cum aliquo voluit contrahere, nisi specialiter renunciaret privilegio fori sui, in hoc casu id esse à Iustin. constitutum, in *d. l. pen.* ut tunc non liceat forum declinare, & à conventionē recedere. Eandem solutionem probat & amplectitur Cuiac in tracta. ad African. ad *d. l. si convenerit*. Verùm ex communi DD. distinctione ita videtur rectius respondendum. Aut quis consensit in iudicem planè non suum, & hic non tenetur huic pacto stare, quandiu iudex non est aditus: Ita est intelligenda *d. l. 18.* ut ibi notant *gl. & Bart.* Aut consensit quis in iudicem suum, quem tamen poterat propter privilegium aliquod declinare, & hic tenetur huic conventioni stare, nec licet ei etiam ante aditum iudicem pœnitere. Exempli gratia, Præses provinciæ, item Episcopus sunt ordinarii iudices studiosorum, sed tamen studiosi habent privilegium declinandi eorum iurisdictionem, & ius petendi, ut coram Rectore Academiæ conveniantur. Si nunc convenit inter studiosos, ut non coram Rectore Academiæ, sed coram Præside seu Episcopo litigent, qui etiam illorum non sunt legitimi iudices, non possunt ab hac conventionē recedere, quamvis alioqui poterant ex privilegio studiosis concessò, eorum forum declinare. *d. l. pen. Auth. habita. C. ne fil. pro pa. Duare. ad tit. de iurisd. c. 6. Faber in rational. in Pandectas ad l. si convenerit. ff. de iurisd. Nicolaus Genoa. in conciliationibus legum contrarium. in conciliat. l. si quis in conscribendo. C. de pact. & l. si convenerit. ff. de iurisd.* ubi hanc meam sententiam dicit esse elegan-

elegantissimam, & addit se verbotenus mea verba præcisè subiungere. Illud diligenter notandum, quòd licet litigantes, qui promiserunt, se apud iudicem incompetentem iudicium suscepturos, possint revocare promissionem, antequam incompetens iudex sit aditus: diversum tamen est, si debitores promiserint se soluturos, quocunque loco inventientur, tunc enim tenentur solvere, vbicunque fuerint inventi, nec est locus pœnitentia. textus sunt notabiles in *l. Lucius 24. ff. de pos. l. Titium, 47. §. tutores ff. de adm. tut.* Ita eleganter tradit. *Costa. ad. d. l. si convenerit.* Ratio est, quia ibi quisque contraxisse censetur, vbi solvere promisit. *l. contraxisse 22. ff. de obl. & act l. quamvis 52. resp. 2. ff. de iudic. Bart. ad d. l. si convenerit. ff. de iud. Locus enim solutionis est pars contractus, sicut & dies l. 1. §. nam & dies. ff. de eden. fac. l. quero 100. de soli. Pulchrè Bald. ad l. si quis in conscribendo nu. 2. C. de pact.*

ASSERTIO XXV.

Idonea cautio fit, tam per pignora quàm fideiussores.

CAVTIO duplex est: nuda & simplex. Item Idonea & sufficiens Simplex est quæ nuda fit repromissione. *l. sancimus C. de ver. sig.* Idonea vel sufficiens cautio, in qua pignus vel fideiussor datur, *l. si mandato. §. ult. ff. Manda. l. 4. §. addici ff. de fid. lib.* Quoties cautio idonea exigitur, regulariter ei qui cauere debet, alterutrius optio datur. *l. promissor. 21. §. 1. ff. de const. pec.* vbi dicitur, quòd qui promisit se satisfaturum, si fideiussores vel pignora dando liberatur.

Obiicitur *l. pratorie. 7. ff. de præ. stip.* vbi quis non liberatur dando pignus, sed dato fideiussore. Resp. Id vitium positum esse in natura pratorie stipulationis, quæ apud prætorem in iure pro tribunali interponitur, eò non adfertur arca cum argento, sed eò adducuntur fideiussores. Cautiones igitur, quæ fiunt in iudicio, solennes esse debent, & cum fideiussoribus, *l. 1. & ibi gl. C. de procu.* Accedit & hæc ratio, quòd pratorie cautiones formam & legem à prætore accipiunt, cui nihil addere vel detrachere licet. *l. in convention. libus 52. de V. O.* Sic satisfactiones iudicio sisti vel iudicatum solvi, item rem pupilli salvam fore, & alia pratorie cautionis fideiussoris dationem requirunt. *l. 1. & l. quoties. ff. Qui satis. cog. nec his casibus pignora dando quis liberari potest. d. l. 1. C. de procur. & l. pratorie 7. ff. de præ. stip.*

In contractibus autem pignoris caveri sufficienter potest, itaque qui convenit fideiussorem dare in aliquo contractu, dando pignora liberatur, cum plenissima sit cautio pignoratitia: quippe cum expediat, & longè tutius sit rei incumbere, quàm in personam agere. *l. plus cautus. ubi Decius de R. I. §. furti. Inst. de ob. ex delictis.* Plus enim cautionis est in pignore, quàm in fideiussore: quoniam minus est habere actionem, quàm rem: Qui habet pignus paratum habet rei familiaris subsidium, vel eo pignori dando, *l. 1. C. si pig. pig. d. ut.* vel post denuntiationem id vendendo. At in fideiussore persequendo, & iudicii exitus incertus est, & inanis interdum actio, si fideiussor labatur facultatibus, si creditum abiuret, item molestiæ magnæ, & expensæ litigandi subeundæ sunt actori. *l. quod debetur §. ff. de pecu.* In contractibus itaque non minus pignoris, quàm fideiussoribus caveri potest. *l. 4. C. Quæ res pig. Wesem. in parat. Qui satisd. cog.* Vide aliter distinguentem Oldend. in classis. clas. 1. act. 7.

A S S E R T I O XXVI.

In conventionem iudicio sistendi causa, generalis renuntiatio casuum fortuitorum non valet.

VERIOR hæc est sententia, quòd in iudicialibus seu prætorii stipulationibus, generalis renuntiatio casuum fortuitorum non valeat. hoc modo: Promitto quòd me, vel alium iudicio sistam, nullo obstante casu fortuito: sed ita demum valet generalis renuntiatio, si specialiter exprimantur quidam casus fortuiti, quia tunc valebit in similibus casibus, & minoribus expressis. *l. 4. §. questum ff. si quis eant. l. fluminum 24. §. Cassius ff. de dam. inf.* In contractibus autem, generalis casuum fortuitorum renuntiatio, nullo eorum specialiter expresso, eiusdem momenti ponderisque est, cuius specialis casuum sigillatim expressorum renuntiatio, ut puta si quis dicat, recipio in me, seu obligo me ad periculum casuum fortuitorum. *l. quæ fortuitis. C. de pig. act. l. 1. C. commo l. Bart. & DD. in d. §. questum. Zoarez in thesaur. rec. p. sent. opin. 27. litera C.* Ratio decidendi est, quòd evenire possunt casus fortuiti, de quibus nunquam cogitatum est. Altera ratio est, quòd tanta sit horum casuum fortuitorum æquitas, ut non videatur generalibus verbis renuntiatum, sicut in generali obligatione bonorum receptum est, ut non veniant ea quæ quis verisimiliter non fuisset obligaturus. *l. obligatione ff. de pignor.*

Obiicitur, quòd tantum valeat renuntiatio casuum fortuitorum generaliter

raliter facta, quantum si specialiter casus fortuiti exprimantur, quia idem operatur genus, quod enumeratio omnium specierum: per regulam iuris quæ habet, quod expresso genere, censentur Singulæ species expressæ. *l. si chorus 79. in verb. perinde est quasi singuli. de leg. 3.* Resp. Non obtinet hæc regula in iudiciis, vt scilicet generalis cautio, qua quis promittit, se nulla exceptione casuum fortuitorum vsurum, valeat. Ratio est quia fieri potest, quod quidam casus fortuiti eveniant de quibus non est cogitatum à litigantibus. Altera ratio est, quod speciale est in iudicialibus, & prætoris stipulationibus, vt mitius agatur in iis, quia diiudicantur ex mente prætoris, qui noluit sub involucro & generalitate verborum quem decipi. *l. in conventionalibus 52. de V. O. l. qui cum tutoribus 9. §. ult. ff. de transact. Si- chard. ad l. 1. nu. ult. C. de commod. Pinel. ad 1. par. l. 2. de resc. vend. c. 3. num. 26.*

ASSERTIO XXVII.

*Sententia diebus feriatis lata, valet
consensu litigatorum.*

IUDICIUM habitum, & sententia lata diebus feriatis, ita demum valet si vel partes expressè renuncient feriis, vel tacitè, puta si partes præsentis sponte litigent. Probatur expressè hæc sententia in *l. 1. §. 1. & l. 6. ff. de fer.* Ratio est, quia litigatores feriis in favorem suum introductis renunciare possunt. In quo tamen articulo ita distinguendum: Aut feriæ sunt in favorem hominum introductæ, puta mellis & vindemiarum; & hisce partes possunt renunciare, & valebit iudicium & sententia eo tempore lata. *d. l. 1. & l. 6.* Aut feriæ reverentiæ & cultui Dei destinatæ sunt, & ijs minimè renunciari potest, neque actus iudiciarij eo tempore initi valebunt, etiam partibus volentibus. *l. omnes 7. in verb. sacros quo- que. C. de fer. Ita notat C. ostal. in d. l. 1.*

Sed huic sententiæ vehementer obstat *l. si feriatis 36. ff. de arbit.* vbi dicitur, quod sententia arbitri ex coactione Prætoris die feriato lata, valeat, & quod cogantur litigatores huic sententiæ stare. Resp. Quod illa l. accipienda est vel de eo casu, quo dies compromissi erat exitura; tunc enim cogitur arbiter etiam feriatis diebus sententiam ferre, *l. Pomponius 13 §. fin. ff. de arbit.* Vel quod Prætor ibi arbitrum coëgit sententiam dicere, partibus ita volentibus. *arg. d. l. 1. gl. in d. l. si feriatis.*

ASSE-

ASSERTIO XXVIII.

*Aktor emendare & declarare libellum ad sententiam usque,
mutare verò & substantiam eius corrigere duntaxat us-*

que ad Litem contestatam potest, ex communi

DD. opinione, contra CUIACIUM

& DONELLUM.

PROBATVR hæc decisio per *l. non potest. ff. de indic.* vbi dicitur, Non potest videri in iudicium venisse id, quod post litem contestatam accidit, ideòque alia interpellatione opus est. Vnde sequitur, quòd post litem contestatam non possit mutari libellus, sed novo iudicio sit agendum. Secundò confirmatur hæc conclusio per *l. edita C. de eden.* vbi dicitur, libellum posse emendari vel mutari, prout edicti perpetui monet auctoritas. Quod edictum accipi debet de ista decisione, vt liceat actori tantum prædicto modo libellum emendare & mutare, ita vt sententia edicti contineatur in d. l. non potest, vt volunt communiter DD. teste Zaz. ad §. si minus. *Inst. de action.* Facit huc, quod in iure traditur, quod ante Litem contestatam non dicitur quis agere, sed agere velle. *glos. in l. si postea quam. ff. de pecul. per l. amplius. ff. Rem rat. hab.*

In contrarium adfertur *l. 4 §. si detracta. ff. de nox. act.* vbi admittitur mutatio libelli vsque ad sententiam, quia ibi actor qui egerat noxali actione contra dominum, tanquam scientem, postea mutat actionem, & agit contra dominum, quasi ignorante eo damnum datum sit. Resp. Qualitas adventitia libelli vsque ad sententiam mutari potest, quia per hoc non mutatur actio, neque factum principale, scilicet facinus servi. Zaz. in d. §. si minus. num. 6. Non potest itaque quis mutare actionem in eodem iudicio, post litem contestatam. *l. prator. §. hæc autem actio. ff. Vbi rap.* sed potest hoc quis impetrare, vt ex eadem formula actionis durior sequatur condemnatio.

Secundò obstat *Auth. qui semel. C. Quom. & quan. ind.* Vbi dicitur, qui semel libellum obtulit, cogitur in eo vsque ad finem litis persistere, ergo nulla omnino permessa est mutatio. Resp. Ista Auth. tantum de actoribus, qui causas differunt, seu subterfugiunt & protrahunt iudiciũ, disponit, & libelli mutationem non prohibet, sed statuit, vt qui semel proposuit actionem, si postea desistat & deserat iudicium, neque causam inchoatam prosequatur, ab omni cadat actione, ne lites fiant immortales.

Vltimò

Vltimò obstat §. *si minus*. *Inst. de acti.* vbi dicitur, quòd minus debito petens possit eodem iudicio errorem corrigere, & quod reliquum est, petere. Resp. Quod ibi simpliciter & generaliter traditur, hoc ex alijs legibus est supplendum, & distinguendum: vt eatenus liceat libellum addendo detrahendo vel mutando reformare, quatenus hoc edictum Prætoris permittit, nimirum vsque ad litem contestationem. Sæpè enim quod in vna lege generaliter & indefinitè statuitur, ex alia distinctionem & temperamentum recipit. Summa est hac, quòd libellus declarari ad sententiam vsque, imò & qualitas extrinseca libelli eò vsque emendari possit, mutari verò & substantia eius corrigi tantum vsque ad litem contestatam potest. d. §. *si detracta*. l. *si quo* 41. ff. de per. her. Wes. in parat. num. 8. de eden. vbi hanc communem esse Doctorem conclusionem tradit. Dissentiunt ab hac opinione Donel. ad l. *edita*. C. de eden. Cuiat. ad §. *Si minus*. *Inst. de actio.* qui Libellum emendari & mutari posse vsque ad sententiam statuunt dummodò actor Reo damna, quæ ob præcedentem petitionem passus est, restituat per l. *nemo potest* 75. ff. de R. l. l. *eum quem* 79. ff. de Iudic. l. 4. §. *ult.* ff. de m. x. act.

ASSERTIO XXIX.

Fides hosti data servanda est, contra BARTOLVM.

QVIA inter hostes est Iuris gentium communio. l. *ult.* ff. de legat. sequitur, quòd obligationum & conventionum inter eos quoque sit communio. Vnde pacta tam inter duces belli, quàm inter privatos milites & hostes inita, firmiter servari debent. l. 5. ff. de pact. Bart. autem & eum secuti DD. existimant, fidem hosti datam non esse servandam, si à privato milite sit promissio facta: sed quæ à duce belli promissa sunt, citra controversiam servari debent, d. l. 5. *Que distinctio rectè à Duareno, Hotomanno in illustr. questio. quest. 7. & Conarruia reprehenditur.* Nam & privatus privato datam in bello fidem servare tenetur. Vnde si miles captivus hosti pro redemptione corporis sui λύτρον promisit, illud omninò exsolvere debet, oritur enim ex illa obligatione actio efficax in personam promittentis. l. *nam* & *Servius* 21. ff. de neg. gest.

Contra hanc sententiam adfertur primò argumentum ex l. 1. ff. de dol. mal. Vbi dicitur, dolum esse bonum, si quis adversus hostem vel latronem machinetur. Resp. Hoc pertinet ad insidias & stratagemata, quibus ante fidem datam adversus hostes uti, non minus quàm aperta vi permisum est, nihil enim penè hic dolus à virtute distat. Quò pertinet illud

E

Virgilij,

Virgilij, Dolus, an virtus, quis in hoste requirit? Quod ergo dicitur, dolum bonum esse, qui contra hostes committitur, intelligendum est, quando non præcessit data fides, Dolo contra hostes, non perfidia uti licet: fidem enim hosti semel datam amplius violare non permittitur. *Hotom. in illud. quæst. q. 7. Quod & eleganter Cicero 3. Offic. confirmat, dum inquit, Et fides iurandum est etiam cum hoste servanda. Hinc M. Attilius Regulus laudatur, quod cum retineretur ab amicis & propinquis, ad supplicium redire maluit, quam hosti semel datam fidem fallere.*

Secundò obijcitur *l. nihil. 26. ff. de capt. & postl. rev.* ubi dicitur, nihil interesse, quomodo captivus reversus sit, utrum dimissus, an vi vel fallacia hostium potestatem evaserit. Resp. Id tantum intelligendum est, cum de iure postliminij quæritur. Quo casu licet id tantum considerandum sit, an ab hostibus aliquis redierit, animumque habeat remanendi in civitate, non idè tamen minus fidem hosti datam liberare tenetur.

Tertium argumentum depromitur ex *l. 1. ff. Quod met. caus.* ubi ait Prætor, Quod vi metusve causa gestum erit, ratum non habeo: sed pacta cum hostibus inita, vi extorta videntur: ergo non sunt servanda. Resp. *Duar. ad l. 1. ff. de pact.* quod edictum illud prætoris ad metum, qui iure licito alicui infertur, non pertinet, *l. si mulier 21. ff. Quod met. cau.* qualis est, qui iusto bello infertur. Cum ergo in bello quod iuste & legitime geritur, aliquid hostes inter se temporibus adducti promiserint, debet hoc inviolabiliter servari.

Quartò adversatur *l. 1. & 2. C. Quan. lic. unicuiq. sine iud. se vind.* & *l. 2. 3. & 4. C. Ad l. Corn. de sic.* ubi licet unicuique latronem & transfugam propria auctoritate occidere. Resp. Legum & iuris permissione concessum est latronem & transfugam occidere, ubi quis aliter vim illatam propulsare, & aggressorem repellere non potest. Vim enim vi repellere omnes leges omniaque iura permittunt. Verum post ereptam sibi hanc libertatem, hoc est, postquam quis hosti fidem dedit, hæc facultas eum interficiendi ei adimitur.

Sic ergo in hac quæstione concludendum: Aut hostis promisit aliquid hosti contra ius militare & publicum, & hoc non est servandum. Aut promisit pertinens aliquid ad rem privatam, & hoc servare tenetur, *l. 7. §. si paciscar. ff. de pact.* Decius in *l. ea est natura. de R. I. Fortun. Garfius ad l. 5. ff. de pact.* Duaren. d. loco. Vide Fachin. lib. 9. contro c. 58. & Bodin. lib. 5. de Repub. cult. ubi refert improbè & perfidè factam esse à Sigismundo Imp. quod instigante Pontifice Romano & Episcopis, datam Iohanni Huls, & Hieronymo Pragensi fidem in concilio Constantiensi fregerit, cum data fide eis promississet, quod salvi & incolumes domum redituri essent, interim de concilij

concilij sententia eos de hæresi damnari & exuri iussit, in quo concilio hoc improbum & detestandum decretum factum & conclusum est, hæreticis non esse servandam fidem.

ASSERTIO XXX.

Pacta de succedendo vel non succedendo super hereditate viventis, iure civili non valent.

INVUTILIS est stipulatio, si quis stipuletur de futura successione: nam contra ius publicum & bonos mores est hoc pactum, eo quod inducat votum captandæ mortis. *l. stipulatio 61. de V.O. l. 4. C. de inut. stip. l. cum donationis. C. de transf.* Imò ne quidem conventio inter duos facta de mutua successione valet, ut si convenerit, ut qui supervixerit, alterius bona habeat. Excipiuntur commilitiones, qui possunt se invicem heredes pacto efficere. *l. licet. C. de pact.* Duo etiam, qui sperant se alteri successuros, possunt eo vivente de divisione hereditatis pacisci: quod pactum valet, si is de cuius hereditate agitur, consenserit divisioni, & in ea sententia usque ad extremum vitæ spiritum perseveraverit. *l. ult. C. de pact.*

Opponitur *l. 3. §. de illo. ff. Pro soc.* ubi duo coierunt societatem de hereditate futura communicanda, hæc conventio valet. Sed ibi agitur de hereditate incerti hominis, Si qua forte hereditas ad me pervenerit, communis erit. Hæc conventio nihil virij habet, cum certæ personæ nomen non adscribitur.

Secundò opponitur *l. 7. §. pen. ff. de pact.* ubi vivo adhuc patre filius paciscitur de bonis patris. Resp. Filius ibi paciscitur cum creditoribus paternis, ad hoc tantum, ut se liberet & exoneret debitis paternis, puta ut creditores contenti sint certa tantum parte debiti paterni. Tale pactum valet, ad liberationem filij. Si diminueret filius bona patris adhuc viventis, ut si quid promitteret ex bonis patris vivi, si quid donaret, nulla esset donatio. *l. donari 29. §. ult. ff. de donat.*

Tertiò obstat primæ parti assertionis, quod scilicet pacta de succedendo non valeant. *l. non aliter 18. ff. de adopt.* ubi dicitur, quod qui ad impuberis, adrogati hereditatem vocantur, possunt stipulari ab adrogatore sibi hereditatem restitui, si impubes adrogatus ante pubertatem moriatur. Resp. Pacta non valent, ut hereditates de novo acquiramus. Attamen valet pactum, ut hereditatem quæ Legitimo iure ad nos pertinet, nobis conservemus.

Quartò opponitur *l. quidam cum filium 132. de V.O.* ubi valet conventio,

E 2

qua is

qua is qui alienum filium suscepit, promisit se eum observaturum, ut filium. Quibus verbis innuitur pactum valere de succedendo, cum filius sit instituendus heres, vel nominatim exheredandus. Resp. His verbis, si eum aliter quam filium observavero, non aperte, sed tacite successio hereditaria inducitur: eaque pactio rata ac firma est: cum multa quæ expresse fieri non possunt, tacite facta valeant. *l. si quis Sempronium 68. ff. de her. inst. l. expressa 195. ff. de R. I.* præsertim si iusta & rationabilis causa subsit, ut in hoc pacto, quod non tam ob id, ut suspectus filius succedat, fieri dicitur, quam ut exhereditationis notam effugiat. Exhereditatio quippe nota est & macula *l. multi 18. ff. de liber. & posth.*

Quinto opponitur *l. 2. §. illud. ff. de her. vel act. vend.* ubi traditur, quod in venditione hereditatis testatoris, venit etiam hereditas impuberis, maxime si iam delata sit. Vnde colligitur, vendi etiam posse hereditatem impuberis, etiam si nondum sit delata, hoc est, licet filius impubes adhuc vivat. Resp. Particula, maxime, ibi ponitur pro utique, ut hic sit sensus: In venditione hereditatis testatoris, venit hereditas filij impuberis, si hoc actum sit, maxime, hoc est, utique si iam delata sit hereditas impuberis, hoc est, si iam mortuus fuerit filius impubes.

Nunc videndum de pacto de non succedendo. Non valet etiam pactum tale, ut non succedat is qui à lege vocatur, nam est contra ius publicum, ut si conveniat, ut filius sit contentus certis bonis, & non agat querela inofficiosa. *l. si quando. §. illud. C. de inoff. test. l. fin. ff. de su. & legit.* Opponitur, quod quilibet potest favori pro se introducto renunciare. *l. pen. C. de pact.* Item quod quilibet potest spem futuræ actionis sibi competentem pacto remittere. *l. spem. 3. C. de donat.* Resp. Potest quidem quis pacto iuri pro se introducto renunciare, nisi hoc pactum repugnet iuri publico. Tale autem est pactum de non succedendo, quia successio tam ab intestato, quam testamentaria est iuris publici, cui privatorum pactis derogari non potest. *l. 3. ff. de testam. l. ult. ff. de su. & legit.*

Secundò opponitur *l. 1. §. si parens. ff. Si à paren. qu. manu.* Sententia eius si est: Pater manumissor habet contra tabulas filij bonorum possessionem, si præteritus sit: Verùm repellitur exceptione doli, si filius tantum in eum contulit, quantum satis est; puta si adepta legitima portione, pactus est cum eo filius, ne testamentum eius pater inquietet. Ergo videtur probata pactio legibus de non succedendo. Respondendum. In ea specie satisfactum est patri, quia legitimam portionem sibi debitam ex bonis filij accepit. Idemque servatur de portione patroni. *l. 3. §. sed et si. de bo. liber* Pactum itaque de non succedendo, quo tantum ex conventionem quis perci-

percipit, quantum ei ex successione debetur, valet, quoniam nihil fit contra bonos mores. *l. cum quo § 6. §. si. ff. Ad l. Falc. Okl. in libel. de except. tit. de except. con. pact. At in d. §. illud. pater dedit filio certas res, quæ non sufficiebant ad legitimam, itemque pater adiecit, ut ijs rebus esset contentus. d. l. si quando. §. & generaliter. Si dedisset pater quantum satis esse ad legitimam, rectè conventum esset, ut abstineret reliquis bonis. Itaque filius qui accepta legitima debita iure naturæ, renunciat successioni paternæ, excluditur à successione patris. *l. si non mortis 25. ff. de inoff. test. non propter pactum, sed quia lex ita statuit, ut filius citra vllum pactum accepta legitima, removeatur à querela inofficiosi. l. Papinianus. §. si quis mortis. ff. de inoff. Donel. ad l. ult. C. de pact. Duaren. ad l. 61. de verb. obl. Cuiac. ad l. 26. ibid.**

Tertiò objicitur *l. i. l. cum proponas. C. de pact. l. de fideicommissio. C. de trans.* Vbi dicitur quòd fideicommissum fratribus reciprocè iniunctum pacto remitti possit. Ergo transactio de non succedendo valet, & propter transactionem fideicommissum non petitur. Resp: In prædictis legibus agitur de fideicommissaria hereditate: atqui per fideicommissum succeditur testatori, non heredi, qui rogatur fideicommissum restituere. *l. coheredi. §. cum filia. ff. de vulg.* Itaque quando spem fideicommissi ab herede relictæ fideicommissarius pacto remittit, non de hereditate viventis, sed testatoris iam mortui paciscitur. *Donel. ad l. i. C. de pact.*

ASSERTIO XXXI.

Pactum bonæ fidei contractibus adiectum parit actionem, sed stricti iuris contractibus appositum, actionem non producit.

PROBATVR hæc decisio per *l. in bonæ fidei C. de pact.* vbi dicitur, quòd in bonæ fidei contractibus ex pacto incontinenti addito oritur actio: ergo excluduntur stricti iuris contractus: nam inclusio vnius est exclusio alterius. *l. cum prator ff. de iud. Idem probat l. 7. §. quinnimò ff. de pact.* vbi geminantur hæc verba, quòd bonæ fidei contractibus pacta adiuncta creent & informant actionem; quasi innuat secus esse in stricti iuris contractibus. Si enim indefinîtè verum esset, pacta in omnibus contractibus actionem parere, generaliter tradita esset regula, non restricta ad bonæ fidei contractus. Tertiò confirmatur hoc ex eo, quòd in stricti iuris

contractibus extensioni non est locus. Quicquid enim ijs palam verbis non est expressum, pro omisso habetur. *l. quicquid. de V. O.* sed ut ex pacto stipulationi subiecto oriatur actio, hoc inducit extensionem stipulationis, ergo stricti iuris contractibus pacta adiecta, actionem non producant: Aliud est in bonæ fidei contractibus, qui ex tacita partium voluntate extensionem vel interpretationem recipiunt. *Inst. de oblig. ex consen.* Hanc opinionem sequuntur *Curtius, Decius, & Porcius in l. petens. C. de pact.*

Huic sententiæ primò refragatur *l. lecta. ff. de re. cred.* vbi dicitur pacta incontinenti apposita inesse stipulationi, quod perinde est ac si dicas esse partem stipulationis, ideòque actionem pariunt. *Resp.* Pacta insunt contractibus stricti iuris ex parte rei, non actoris, & ita loquitur *d. l. lecta.* vbi pactum fuit interpositum favore & gratia rei, ut longius tempus haberet ad pecuniam reddendam, non verò in utilitatem actoris. Hoc igitur dicit lex, quòd pactum incontinenti adiectum stipulationi, minuit actionem ipso iure, id est, reus ipso iure tutus est, nec est in eum actio, & ideò non opus est reo exceptione, *l. 3. ff. de resc. vend.* quæ tunc solum necessaria est, cum actio iure civili tenet. *Cuiac. lib. 10. Obs. cap. 24.*

Secundò obijcitur *l. petens. C. de pact.* vbi pactum subditum stipulationi prodest ad actionem producendam. *Resp.* quòd ista interpretatio non est vera, quia non ex pacto ibi agitur, sed ex stipulatione, cum pactum non sit appositum reformandæ vel confirmandæ stipulationis gratia, sed stipulatio potius servandi pacti causa secuta est. Non itaque *d. l. petens,* de pacto adiecta, qua pactum confirmatum est, loquitur. Ita tradit *Cuiac. ad l. 7. §. quinimio. ff. de pact.* Dissentiunt ab hac opinione *Hotom. in illust. quest. 34. & lib. 7. Obser. c. 35, Duare. ad l. iuris gentium. ff. de pact. Godæ. de contr. spip. cap. 8. concl. 1. Fashm. lib. 2. controver. iur. contro. 99.*

ASSERTIO XXXII.

Pupillus absque auctoritate tutoris naturaliter obligatur.

ANCEPS & controversa est questio, An pupillus sine auctoritate tutoris naturaliter obligetur. Sunt leges, quæ affirmant, pupillum sine tutore obligari naturaliter. *l. 1. ff. de noua. l. si eius 64. ff. ad SC. Treb. l. si pupillus 21. ff. Ad l. Falc.* Sunt quæ negant pupillum obligari naturaliter. *l. quod pupillus 41. ff. de cond. indeb. l. pupillus 59. ff. de obl. & act.* Communiter à DD. ita distinguitur quòd si pupillus capax doli sit, & pubertati proximus, obligetur naturaliter; si non sit, non obligetur. Hanc distinctionem ab omnibus

omnibus receptam esse, testatur *Costal. in d. l. quod pupillus*. Sed non videtur probabilis: nam primum nusquam in legibus, quibus de naturali obligatione pupilli agitur, hæc distinctio adhibetur. Deinde cum plus quam manifestum sit, quod in infante nullus intellectus existat, verisimile non est, IC^{tos} de tam plano & facili casu tot responsa protulisse, cum leges debeant de casu dubio, non indubitato ferri. *l. quod Labeo. ff. de Carb. edic.* Rectius itaque & melius Baro, meo iudicio, tali distinctione hæc responsa mirabiliter pugnancia conciliat, quod pupillus qui intellectum habet, & consentire potest, obligetur iure naturali primæuo seu antiquo: ex quo introducta sunt religio, veritas, constantia, &c. sed non iure naturali secundario, seu iure gentium, ex quo contractus & commercia introducta sunt: ita ut ea obligatio pupillo damnoſa esse nequeat: quia ius gentium noluit tam teneræ & imbecilli ætatu læ consensum in negotiis & commerciis detrimento esse: ideoque ista obligatio, qua pupillus tenetur, repetitionem indebiti non impedit. *d. l. quod pupillus Eleganter Baro in manual. de cond. indeb. & Inst. de auct. tuto.* Naturalia ergo debita dicuntur, si pupillus sine tutore promisit, vel mutuum accepit, sed tamen pupillus iure gentium hæc debita solvere non tenetur; imò nec naturale hoc debitum tam efficax est, ut soluti repetitionem impediat. *l. interdum 29. ff. de cond. inu.*

Duo tamen naturalis obligationis pupilli sunt effectus. Primus est, quod in hoc utile est tale debitum, ut fideiussores qui pro pupilli obligatione intervenerunt, teneantur efficaciter. *l. si pupillus 27. ff. de V. O. l. ult. ff. de iureiur.*

Secundò debitum naturale pupilli eò prodest, ut si pupillo succedat huiusmodi creditor naturalis, qui ei pecuniam sine tutoris autoritate credidit, solidum debitum ex hereditate retineat & deducat, & non tantum id, in quo pupillus locupletior factus est. *l. Strichum. §. aditio ff. de sol.* Ratio huius iuris est, quod multa retineri possunt, quæ acquiri nequeant, ideoque facilius creditor retinet in hoc casu quod habet, quam consequitur quod non habet. Ad extremum notandum, quod si pupillus locupletior factus sit ex contractu, non solum naturaliter, sed etiam civiliter & efficaciter obligatur: Nam post rescriptum D. Pii (quo ad hoc opus erat, ut ex naturali obligatione daretur actio) obligatur civiliter: Ideoque utili actione efficaciter conveniri potest, in quantum ex contractu locupletior factus est. *l. 3 §. pupillum. ff. de neg. ges. l. 5. ff. de aut. tut. l. 3. ff. Comm. Cuiac. ad d. l. si pupillus. glos. ad l. 1. ff. de noua. Duare. ad l. si pupillus 127. ff. de verb. oblig.*

ASSER-

A S S E R T I O X X X I I I .

Minores sine curatoribus suis rectè obligantur.

P R O B A T V R hæc propositio in *l. puberes 101. ff. de V. O.* ubi dicitur, quod puberes sine curatoribus suis promittendo obligentur. Cuius legis hæc est sententia, quod puberes de persona sua promittere & obligari possunt, & ex personali obligatione, quam sine consensu & auctoritate curatoris, inierunt, adstringuntur, non attenta distinctione DD. an minor habeat curatorem, nec ne: quia minori etiam curatorem habenti, non opus est eius consensu in obligatione personæ. *l. vi. §. 1. ff. de V. O.*

Porrò hæc *l. puberes*, malè accipitur à DD. de puberibus, qui curatorem non habent, cùm lex dicat, puberes sine curatoribus *S v i s* possunt obligari, verbum *S v i s* indicat minores curatorem habere. Sic ergo statuendum est, quod in administratione & alienatione bonorum, opus est minoribus consensu & approbatione curatoris, quia minores *x x v.* annis rerum suarum non sunt idonei administratores, ideoque sine curatoribus bona sua non possunt alienare nec administrare, quamvis rem suam benè gerant *l. 1. & 2. ff. de min.* sed personaliter se obligare possunt, & ex contractibus absque auctoritate curatorum initis tenentur. Ratio est, quod curator datur bonis, ideoque bona quæ eius officio sunt commissa, minor absque curatoris consensu obligare vel alienare non potest: personæ verò quia curator non datur, neque in personam puberis curator ullum ius habet. *l. in copulandis. C. de nupt.* ideo respectu personæ minor contrahere & se obligare potest absque curatoris consensu. Vnde & absque auctoritate curatoris, minor velut sui iuris matrimonium contrahere potest. *l. sciendum 20. ff. de rit. nup. V. Vescm. ad tit. Inst. de aut. tut. & in Parat. ff. eod. Cuiac. ad l. puberes 101. ff. de verb. obl. quem sequitur & approbat Fachin. lib. 3. contro. iur. c. 9. Nicolaus Genoa in conciliat. legum juris civilis contrariarum. cap. De confutatione opinionum leges in jure civili contrarias arguentium.*

Neque hæc sententia everti potest ex *l. 3. C. de rest. in int.* qua colligunt DD. contractum à minore, qui curatorem habet, sine eius auctoritate initum, esse ipso iure nullum, ad cò quod restitutione in integrum opus non habeat, quia *d. l. 3. de alienatione rerum*, veluti de venditione iam perfectà impletaque, non de obligatione loquitur. Minor *x x v.* annis non potest res suas tam soli quàm mobiles vendere sine auctoritate curatoris, quia curatori administratio bonorum eius commissa est *d. l. 1.* At quæ personam suam spectant, ea solus minor sine curatore suo exercet, vnde & de
 persona

persona sua vtiliter sine curatore suo promittit, quia in personam eius ius & potestatem curator non habet. *d. l. sciendam. Cuiac. lib. Obf. 19. c. 54.*

Secundò obiicitur, quod prohibita alienatione bonorum minori, censentur ea quoque prohibita, per quæ pervenitur ad alienationem. At vero ex obligatione minoris valida pervenitur ad alienationem bonorum, si is qui ritè obligatus est, nolit solvere. *l. 5. §. si pupillus stipulanti. ff. de reb. eo. qui sub tute.* Resp. Ea alienatio minus periculosa est minori 25. annis, quæ non nisi per iudicem & causâ cognita fieri potest, & per consequens, si appareat justam causam obligandi minoris fuisse, nec adversus eam obligationem restitutio in integrum ex iusta causa postuletur. Vide aliam solutionem inter *l. puberes 101. ff. de V. O. & l. 3. C. de rest. in int. apud Vultre. in discept. scholast. c. 16.* Dissentit ab hac sententia *Gode. in tract. de contr. stipul. cap. 7. conclus. 14. & ad l. princeps 21. ff. de V. S.* Vide *Anto. Fabr. in Iurisprud. Papiniana. tit. 12. de tutel. princ. 6. illat. 25.* vbi eleganter confirmat prædictam solutionem & conciliationem, quæ tradita est à *Cuiacio inter l. 3. C. de rest. in int. & d. l. puberes. ff. de V. O. & à me hic comprobata.* Vide latius de enucleatione huius questionis differentes *Ioan. Robert. lib. 1. Animadversion. juris civilis c. 12 Emanuel. à Costa. lib. 2. Select. interpretat. c. 10. nu. 5. Ioannem Mercerum lib. 1. opinionum. cap. 6.*

ASSERTIO XXXIV.

Prodigo non ipso iure, sed magistratus decreto bonorum administratione interdicitur, & post interdictionem promittendo, ne quidem naturaliter obligatur.

QUÆSTIO est dubia inter DD. An prodigo ipso iure interdicitur administratione bonorum, vel an opus sit decreto & interdictione iudicis. Breuiter hæc est veritas, quod olim prodigis ipso iure, ex lege 12. tab. interdicebatur bonorum administratione, & in cura agnatorum esse iubebantur: sed hodie Prætor prodigo bonis interdicit, & curatores dat. *l. 1. l. Julianus. 10. in verb. quibus per Prætorem bonis interdictum est. ff. de cur. fur. Vigl. ad §. item prodigus. Inst. Qu. non est per. fa. test.* Et eam esse communem DD. sententiam notant *Villalobos in com. opin. litera p. Virius lib. 2. com. opin. op. 240.* Debet itaque prodigis primò bonis interdici per iudicem, neque ante interdictionem habetur prodigus. Ratio est, quia nemini absque causæ cognitione rerum suarum administratio auferenda est. *l. 2. ff. De his qui sunt seim.* Quod ad eò verum est, ut etiam si notoriè quis sit prodigus, tamen

F

men

men ante sententiam & interdictionem iudicis bonorum administratio ei non auferatur. *Vigl. d. loco.* Hæc sententia præter supradictas leges, etiam probatorum authorum testimonio confirmatur, vti ex illo Horatii loco apparet. Interdicto huic omne adimat ius, Prætor, & ad sanos abeat tutela propinquos Vnde & certa formula, qua prodigis bonis interdicebatur apud Romanos fuit vsitata, quæ extat apud Paulum in sententiis hiscè verbis. Quando tua bona paterna & avita tua nequitia disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico.

Nec obstat, quod notorium & manifestum in iure æquiparantur iudicato. *l. emptorem. ff. de act. emp.* quia multa similia facta sunt de quibus jus disponit, quæ ipso iure fieri & committi dicuntur, quæ tamen facti cognitionem, & iudicis declarationem requirunt. *VVes. ad §. furiosi. Inst. de curat.* Sic iure cautum est, quod licet confessi habeantur pro iudicatis, tamen in criminalibus causis id non aliter obtinet, quàm si per sententiam sint condemnati. *l. si confessus. ff. de cust. & exhib. re.* Sic vasallus etsi cadat à feudo propter feloniam ipso iure, non tamen aliter privatur feudi possessione, nisi præcedat sententia iudicis declaratoria. *2. 2. in epit. feud. par. 10. nu. 72. & 73.* Sic etiam notoria prodigalitas non efficit, vt cui bonorum suorum administratione sine sententia iudicis interdicator. *tex. est in c. veritas. ex. de dol. & contru.*

Vno tamen casu prodigo ipso iure interdicta est rei suæ administratio, videlicet si quis emat ab homine luxurioso, quem sciat scorto ilico pecuniam daturum, aut aliàs turpiter consumpturum: ea enim emptio non subsistit. *l. si quis. ff. Pro emp.*

Secundò non obstat, quod prodigus ipso iure desinat esse in cura, vbi sanos mores recepit, & apertè frugalis esse cœpit. *l. 1. ff. de cur. fur.* quia facilius ad ea quæ sunt iuris communis & libertatis reditur, quàm abitur, & res faciliè redit ad sui naturam.

Tertiò obiicitur, quod furiosus & prodigus comparantur. *l. furiosi 40. ff. de R. I. l. 1. ff. de cur. fur. l. his qui. §. Diuus. ff. de tut. & cur. dat. ab his.* Sed furiosus ipso iure amittit administrationem bonorum, nec vllum negotium contrahere potest. *l. in negotijs 5. ff. de R. I.* Ergo similiter & prodigus. Resp. Quoad quid, seu certo respectu comparantur furiosus & prodigus, quod vterque sit in curatione, & bona eorum administrationi curatorum committantur. Verùm in hoc differunt, quod furor sit vitium, quod magis extrinsecus appareat, & ex actibus externis faciliè possit dignosci. *l. 4. ff. de ad. edi.* At prodigalitas vitium est magis in animo latens: vnde vt certò de eo constet, iudicis declaratione opus est. Sæpè enim qui vni prodigus censetur,

setur, alteri splendidus & liberalis habetur. Dissentit ab hac sententia *Fachin. lib. 2. contr. iur. c. 63.* vbi adstruit prodigum etiam antequam bonis à magistratu ei interdicator, contrahere & se obligare posse. Et ante eum *Donellus idem latè defendit ad l. 6. ff. de V. O.* Illud tanquam singulare benè notandum Imp. Leonis novissima constitutione cautum, vt prodigis liceat testamentum facere, si modò vtiliter de rebus suis disponant. Quare si sanè & prudenter fuerint testati, servari debet extremum eorum iudicium. Quod certè æquitatem in se habet naturalem. *Vigl. ad §. Item prodigus. Inst. Quib. non est perm. fa. testa.*

Contra posteriorem partem thesis obiicitur *l. Marcellus. ff. de fideius.* Vbi dicitur, ei, qui pro pupillo sine tutoris auctoritate promittente, item prodigo & furioso fideiussit, non subueniri. Vnde cum fideiussor efficaciter obligetur, videtur & prodigus naturaliter obligari, quia nisi præcedat naturalis saltem obligatio, fideiussor interuenire non potest. *l. fideiussor. 16. §. 2. ff. de fideius.* Cui è diametro repugnat *l. is cui. 6. ff. de V. O.* Vbi Vlp. responderet, quod prodigus cui bonis interdictum est, obligari non potest, & ideò nec fideiussor pro eo intervenire potest, sicuti nec pro furioso. Resp. Distinguendum arbitror inter eum qui pro pupillo, & eum qui pro prodigo vel furioso fideiussit. Fideiussor pro pupillo interveniens obligatur, quia pupillus naturaliter tantum obligatur, nec fideiussori subuenitur propter personam pupilli. *l. si pupillus. 127. de V. O. l. si pupillus ff. de arbit.* Neque dabitur fideiussori contra pupillum mandati vel negociorū gestorum actio; nam actio negotiorum gestorum non competit, nisi vtiliter gestum sit negotium, hoc est, nisi pupillus factus sit locupletior, tunc enim efficaciter tenetur. *l. 5. ff. de auct. tut.* Pro prodigo verò & furioso fideiubens non obligatur, quia furiosus & prodigus nec natura obligantur, & ideò nec fideiussori subuenitur per restitutionem, cum ipso iure sit munitus. Si tamen furiosus & prodigus potuerunt iure obligari, vt puta cum ex delicto vel quasi contractu obligatio procedit, tunc nec eis subuenitur, nec fideiussori. *l. si à reo. 70. §. si à furioso. ff. de fideius. l. furiosus 43. ff. de obl. & act. Baro. ad l. quod dictum 32. de pact.* Vide de conciliatione harum duarum legum pugnantium, scilicet *l. is cui 6. ff. de V. O.* cum *l. Marcellus ff. de fideius.* Anton. Fabr. lib. 8. coniect. iur. c. 5. & 6. vbi elegantissimè scribit. Prædictam conciliationem Baronis à me traditam probant & sequuntur. *Ioan. Robert. lib. 2. recept. lectio. cap. vlt. Cuiac. ad l. is cui. ff. de V. O. & ad l. si hominem. in fi. ff. de vsucap. Gothofred. in d. l. Marcellus. VVesenb. ad tit. de fideius. §. in omnibus in fine. & novissimè Nicolaus Genoa in conciliationibus legum contrariarum in dissolutione antinomiae inter l. is cui. ff. de verb. obl. & l. Marcellus. ff. de fideius. Vide & de conciliatione harum legum Forner. lib. 3. select. cap. 25.*

A S S E R T I O X X X V .

Ex pactis adiectis contractibus bonæ fidei non competit actio præscriptis verbis, sed actio ex principali contractu.

PROBATUR hæc sententia primò hac vulgari regula, quòd tunc de-
mum actione præscriptis verbis agendum est, cum certa & nominata
deficit actio. *l. 2. ff. de præf. ver.* Accedit & hæc ratio quòd pacta adiecta
sunt pars ejus contractus, cui adiunguntur, ergo & actio eadem competit,
quæ ex principali contractu datur Sic pacta emptioni adiecta pariunt actio-
nem ex emto vel vendito, & sic in cæteris. *l. fundi 79. ff. de con. emp. l. tenetur 6. §.*
1. ff. de act. emp.

Obijcitur *l. 2. C. de pact. int. emp.* Vbi ex pacto venditioni fundi adiecto, vt
venditori pretium quandoque offerenti, fundus restituatur, datur actio
præscriptis verbis. Resp. Illud pactum magis distrahendæ & resoluendæ,
quàm contrahendæ venditionis gratia adjectum est, ideoque actio præ-
scriptis verbis competit. Cum enim pacta soleant adijci, vt per ea firmen-
tur & roborentur contractus, si ad dissolutionem eorum tendant, agitur
præscriptis verbis. *Alciat lib. 5. Parad. c. 1.* Potest etiam dici, quòd actio ex
vendito hoc quoque casu agi possit, si quis velit, & adiungitur *in d. l. 2. com-*
petere etiam actionem præscriptis verbis, quòd hoc sit tutius contra ad-
versarii dissensiones.

Secundò obijcitur *l. Labeo 50. ff. de con. emp. & l. si convenit. 9. ff. de resc. vend.*
in quibus datur ex pacto venditioni adiecto, præscriptis verbis actio.
Resp. Fuit hæc res controuersa inter Proculianos & Sabinianos. Procu-
liani dabant actionem præscriptis verbis, *l. si vir uxori 12. ff. de præf. ver.* Sabinia-
ni actionem ex contractu, cui pactum adiectum erat, decernebant. *d. l. si*
conuenit. Postea hoc dissidium Impp. composuerunt, data non actione præ-
scriptis verbis, sed illa quæ ex principali contractu descendit, cui pactum
adiectum est. *l. si fundus. in verb.* sed iam decisa est quæstio, ex vendito actio-
nem competere, vt rescriptis Antonini & Divi Severi declaratur. *ff. de L.*
commis. 4. l. Imperator. 16. ff. de in di. addic. Borch. c. ult. de pact. num. 55. Cuiac. ad l. 7. ff.
de pact. Dissentit Baro ab hac sententia ad princ. *ij. Inst. loca.* vbi tradit ex pa-
cto incontinenti adiecto contractui, produci actionem, tam ex ipso con-
tractu, quam actionem præscriptis verbis, easque actiones simul concur-
rere. Probat & defendit sententiam meam Petrus Grangianus in *paradox. iur.*
civil. cap. 39. vbi tradit, quod ex pacto incontinenti adiecto contractui sola
actio ex contractu nascitur.

A S S E R -

ASSERTIO XXXVI.

Pactum contractibus adiectum de non alienanda, non impedit translationem dominij, sed ad interesse agere poterit paciscens, si sua inter sit non alienari.

RATIO assertionis est, quia pactum ne liceat domino rem suam alienare, repugnat naturæ & legibus dominij: quippe hoc dominij proprium est, ut dominus possit statuere de rebus suis ut velit. *In reman- data. C. Manda.* Itaque pactum quo convenit, ne dominus res suas alienet, perinde est atque si convenierit, ut qui dominus est, dominus non sit.

Quatuor loci iuris huic sententiæ adversantur. Primò obijcitur *l. ea quidem. C. Si man. ita fuer. alien.* ubi dicitur, si servus ita venditus fuerit, ne manumittatur, quòd manumissio secuta non tenet. Resp. *Cuiac. illa l. loqui de seruo vendito, ea lege ne manumittatur, quæ impedit libertatem, non de seruo prohibito alienari.* Lex ne manumittatur, personæ serui coheret, lex ne alienetur, non item.

Secundò obijcitur *l. vlt. C. de reb. al. non alien.* ubi traditur, valere pactum, quo convenit, ne domino rem suam alienare liceat. Resp. Tale pactum quidem valet, sed eatenus, ut alienans contra prohibitionem teneatur ad interesse, verum alienatio nihilominus rata & efficax est. Itaque agitur ex hac stipulatione seu pacto ad id quod interest, sicut in aliis obligatio- nibus faciendi obseruatur. *l. si steritis 22. §. si tibi. ff. de act. emp.* Nam talis prohib- itio de non alienando non impedit translationem dominij. *l. ea lege. C. de cond. ob cau. Pulchre Donel. ad l. si ita quis 135. §. ea lege ff. de verb. oblig.* Deinde in ea lege non dicitur, quòd dominum non possit in accipientem transferri, sed tantum notatur, quæ contineantur verbo alienationis, cum prohibita est alienatio, plus verò ea lege non definitur.

Tertiò obijcitur *l. si creditor. §. vlt. ff. de dist. pig.* quæ dicit, si creditor pacif- catur cum debitore, ne vendat pignus, venditionem contra tale pactum initam, nullam esse. Resp. Qui ius habet in re, ut creditor in pignore, ita pacisci potest: atqui extraneus qui nihil iuris habet in re, non potest ita pa- cisci, ad hoc ut res non alienetur ab accipiente, & ideo accipiens alienan- do nihilominus transfert dominium, salva paciscenti actione ad interesse. *Duare. ad d. l. si ita quis 135. §. ea lege ff. de verb. obl.*

Quartò obstat *l. pen. ff. de pact.* Vbi reprobatum hoc pactum ne dominus rem suam alienet. ergo ex eo non datur actio. Resp. Pactum hoc ita de-

mum valet, si adiiciatur contractui. *l. ult. C. de pact. inr. emp.* Sed si tale pactum nudum sit, & seorsim à contractu interponatur, non valet, ut agatur ad interessè, quia ex nudo pacto non datur actio. Præterea cum tali pacto nihil remittatur debitori, neque ad excipiendum prodesse potest.

ASSERTIO XXXVII.

*Pacto uni tantum ex heredibus cavere possumus,
ut cæteris non prosit.*

SI debitor paciscatur cum creditore suo, ne petat ab uno ex heredibus suis, hoc pactum valet, ut illi tantum prosit, cui defunctus pactus est, cæteris autem heredibus non prodest. *l. avus 33. ff. de pact. l. avus 10. ff. de pact. dot.* ubi pactum ab avo initum, ne dos quam promisit pro nepte, petatur à filio, prodest filio heredi, coheredi verò eius non prodest. Ratio est, quia pacto uni tantum ex heredibus nostris consulere possumus. quo casu coheredibus non est danda pacti exceptio.

Objicitur *l. continuus 137. §. ult. ff. de V.O.* ubi dicitur non posse defunctum stipulari, ut uni ex heredibus aliquid detur, sed necessariò omnibus heredibus acquiri pro partibus hereditarijs. Resp. Mero quidem & summo iure illud quod uni ex heredibus quis dari stipulatur, omnibus acquiritur: quia obligatio, quæ à defuncto incepta, ex *ll. 12. tab.* inter heredes dividitur pro hereditarijs portionibus: sed tamen his qui contra defuncti voluntatem petunt, obstat doli exceptio, per *l. 1. C. de excep.* ubi Accur. notat. quòd d. §. ult. loquatur de rigore juris, sed d. l. 1. procedat ex æquitate.

Secundò objicitur *l. eum qui 56. §. 1. de V.O.* ubi dicitur, si quis se & heredem suum Titium daturum sponderit, quòd nihilominus cæteri coheredes tenentur pro portionibus hereditarijs. Resp. Ideò ibi Titius non tenetur, nisi quatenus est heres, quia ultra portionem hereditariam heres habetur pro extraneo. *l. cum à matre. C. de rei vend. l. pen. C. de her. act.* Atqui inutilis est stipulatio, qua heres ultra portionem hereditariam ad dandum adstringitur, quia inutilis est stipulatio, qua quis extraneum aliquid daturum promiserit. *§. si quis alium. Inst. de inut. stip.* Porro cum inutilis est stipulatio, pactum tacitum quod ex ea colligitur, ut scilicet ab alijs heredibus nihil petatur, valere non potest, propter regulam iuris, quæ ait ex stipulatione inutili non colligi utile pactum. *l. 1. §. eum qui. ff. de const. pec. l. 1. §. si quis ita. de V.O.* Si autem expressè & nominatim actum esset, ut à cæteris coheredibus non petatur, pacti exceptio eis proderit, quia pacti exceptio uni heredum acquiri potest. *d. l. avus. Duaren. ad d. l. 56. §. 1.*

ASSER-

ASSERTIO XXXVIII.

Redditio chirographi facta à creditore debitori, inducit remissionem debiti: pignoris verò restitutio non item.

SI creditor debitori suo chirographum reddidit, tacitè convenisse videtur, nè peteret, debitumque remissum censetur. Diversum obtinet in pignore, per cuius redditionem non intelligitur facta liberatio debiti, sed tantum pignoris obligatio soluta censetur. *l. 2. & 3. ff. de pact. l. creditricem. C. de remis. pig.* Rationem diversitatis, quam reddit *gl. in d. l. 3.* communiter sequuntur DD. quia redditio instrumenti seu chirographi aliam debitori vtilitatem, quam liberationem debiti adferre non potest. Ne ergo nihil actum videatur, redditio chirographi inducit liberationem debiti, quia verba & actus hominum semper ita interpretanda sunt, ut aliquid operentur. *l. si quando 109. de leg. 1.* Redditio verò pignoris aliud adfert commodum præter liberationem debiti, quia facilius mutuum sub pignore accipitur, item pignus vendi potest: itaque debitum principale reddito pignore nihilominus peti potest.

Objicitur prædictis *l. si chirographum. ff. de prob.* ubi dicitur, si chirographum reperiatur cancellatum penes debitorem, nihilominus creditor potest petere debitum, si probeat sibi adhuc deberi. Resp. Aut debitor qui habet instrumentum cancellatum, allegat se pacto liberatum, & tunc debet probare redditum sibi instrumentum *d. l. 2.* quæ requirit, quod creditor tradiderit debitori instrumentum. Ratio est, quia qui dicit se pacto liberatum, allegat donationem; donatio autem non præsumitur, nisi probeatur. *l. cum de indebito. ff. de prob.* Ergo probare debet debitor cautionem sibi redditam. Aut debitor allegat se liberatum solutione, & probationis causa chirographum cancellatum profert, & tunc præsumptione iuris liberatus censetur, nisi adhuc creditor sibi deberi manifestè ostendat. *Cass. ad d. l. 2. & 3.* Probare autem poterit creditor debitum, si probaverit deletionem chirographi se invito factam. *l. 1. §. hgi. & §. sed consultò. ff. De his que in test. del.* Item cum debitor, apud quem cancellatum reperitur instrumentum, est domestica persona, puta vxor, liberi, vel famulus, quæ facile subtrahere potuerit instrumentum, tunc non censetur liberatus. *l. vnic. §. ille autem. C. de lit. lib. toll.* quia aliàs daretur materia furandi & insidiandi. *Pres. Ever. conf. 170.* Item si creditor probeat domum suam fuisse hostiliter direptam, & multa instrumenta esse ablata, tali casu præsumptio est contra debitorem, quod invito creditore sit facta chirographi ablatio vel redditio.

ad. 2.
2. 2.
de rem
pig.

tio. Ita notant DD. *in l. 2. ff. de pact. Gail. lib. 2. Obser. c. 37.* Consultius itaque faciet debitor, si non modò sibi à creditore chirographum reddi curaverit, sed etiam præterea recipiat apocham solutæ pecuniæ. Certior enim modus probandi debiti inductur per apocham, quàm per restitutionem instrumenti. *l. pecuniæ. & l. seq. C. de solut. Costal. ad d. l. 2. ff. de pact.*

A S S E R T I O X X X I X.

*Nuda pacta non pariunt actionem, sed
exceptionem tantum.*

R E G U L A hæc traditur in *l. 7. §. sed cum nulla ff. de pact. l. in bonæ fidei 13. C. eo.* Ratio est, quia leviter homines & sine causa facilè promittunt. Noluerunt itaque legislatores, ut temere & ex incogitantia prolatis verbis promiscuè quis obligaretur: sapè enim plura captandæ benevolentia causa homines promittunt, quàm ut seriò præstare velint. *Vesem. de pact. num. 9.* Addi potest & hæc ratio, quod leges execrantur multitudinem Litium. Replerentur enim omnia fora litibus, si ita ius esset, ut ex quolibet nudo pacto daretur actio. *Anto. Faber. ad l. 7. §. ait prætor. ff. de pact. in rational.*

Huic sententiæ repugnat *l. frumenti C. de usur.* ubi frumenti mutuo dati usuræ debentur ex nudo pacto: item *l. etiam. ff. eo.* ubi ex nudo pacto debentur usuræ creditarum civitati pecuniarum. Resp. Hic revera pacta nuda non sunt, quia numerationi pecuniæ & traditioni sunt adiecta; sed idèò dicuntur nuda, quia stipulatio non est addita. Cum enim usuræ non debeantur in stricti iuris contractibus nisi in stipulatum sint deductæ, *l. 3. C. de usur.* nudum pactum accipiendū est in tractatu usurarum, cuius confirmandi causa stipulatio non est secuta. *Donel. ad l. 10. C. de pact.*

Secundò movetur tale argumentum: Prætor pollicetur se pacta servaturum: sed si quid pacto promissum est, servari non potest, nisi actio eo nomine detur; ergo ex pacto competit actio. Idem probatur in *l. inter. 44. §. 1. ff. Fam. ercis.* ubi dicitur, quòd Prætor servat adiudicationes in iudicio familiæ eriscundæ, actiones vel exceptiones dando. Idem traditur in *l. statutus 41. in fi. ff. de acq. rer. dom. Bart.* dicit se in hoc loco hære, & quòd nesciat solvere, nisi divinando. Resp. Dum in hoc edicto Prætor pollicetur se pacta servaturum, ex usu & consuetudine Prætorum subintelligi debet conditio, quatenus id per leges licet. *arg. l. 1. in fi. ff. Ex qu. ca. maior.* Itaque cum ius civile non concedit ex pacto actionem, nec Prætor admittit. Quoties enim lex non concedit actionem, tunc neque Prætor dat, nisi specialiter &

liter & apertè dicat se actionem dare. *l. cum sponsus §. si res. ff. de Publ. act.* vbi dicitur Prætorem non dare Publicianam actionem, quando res non potest alienari, non quia non potest, sed ne quid contra leges faciat. Ergo nequè iure civili, neque prætorio datur ex pacto actio. *Donel. d. loco.*

Tertiò obstat. *l. 3. C. de cont. stip.* vbi fundo promisso nudo pacto, talis stipulatio fuit subiecta, si fundum non dederis, x. dabis? & rescribitur post motam litem extitisse conditionem stipulationis. Notanda sunt verba, post motam litem, quibus verbis significatur ex pacto fuisse actum. *Resp.* Ex pacto non datur actio in invitum, in volentem esse potest. Et si quis pacto nudo quid promiserit, & postea fuerit subiecta stipulatio pœnalis conditionalis, promissor ex pacto actionem excipere debet, & volens pacti, vt ex pacto secum agatur, aliàs committitur stipulatio pœnalis. Hæc est sententia veteris interpretis Iohannis, vt notat *Cuiacius in l. ita stipulatus. de V. O. & lib. 19. Obs. c. 32.*

Quartò obijcitur *l. si quis argentum 35. §. ult. C. de donat.* vbi dicitur, quod ex nudo pacto donationis efficax oritur actio, quam DD. statuunt esse & dici conditionem ex lege. *Resp.* Hoc pactum donationis est à lege civili, constitutione scilicet Imp. Iustiniani confirmatum. Ideoque non ex simplici & nudo pacto ibi nascitur actio, sed ex pacto donationis à lege confirmato.

Quintò obstat *l. ad exactionem 6. C. de dot. promis. & l. fin. C. Ad SC. Vell.* vbi ex nudo pacto & pollicitatione dotis actio datur. *Resp.* Ibi non est nudum pactum, sed contractus dotis. *l. contractus 22. ff. de R. I.*

Sextò obstat *l. 10. ff. de obl. & act. & l. fideiussor 16. §. 2. ff. de fideius.* vbi dicitur, etiam ex naturali obligatione, qualis est quæ nudo pacto contrahitur, actionem produci. *Resp.* Quod singulari quodam iure ex naturali obligatione actio nascitur, puta quando pupillus sine tutoris auctoritate contraxit & locupletior factus est, ex ea enim obligatione efficax nascitur actio. *l. 5. in fi. princip. ff. de auct. tuto.*

Novissimè sciendum, quod hodie ex pactis seriò & deliberatò initis Iure Canonico efficax datur actio, quia inter simplicem loquelam & iuramentam Deus nullam differentiam agnoscit. *c. 1. ex. de pact. c. iuramenti 22. qu. 5.* vbi dicitur, inter simplicem loquelam, & iuramentum nihil interesse. *Tex. in d. c. 1. ita habet,* pax sit, & pacta custodiantur, & suam obtineant firmitatem. Idem dicitur in *c. qualiter. eo. tit.* Studiosè agendum est, vt quæ verbo promittantur, opere compleantur. Quod & iure divino confirmatur vti *Psal. 88.* Quæ procedunt de labijs meis, non faciam irrita. item *Deuteron. cap. 23.* Quod semel egressum est de labijs tuis, observabis. Ea que sententia in foro civili servanda est. *VVes. d. loco.* Quod & iure civili defendi po-

G

test, eo

test, eo in casu, si adversarius damno afficiatur, eo quod pacta non serventur. *Alciat. lib. 5. Parad. c. 3.* Probat ex *l. & eleganter. §. servus. & l. si cum mihi 34. ff. de dolo.* Vbi, ex nudo pacto datur actio de dolo, si adversarius damnum patiat ob non servatum pactum. *Baro. ad d. l. 34. Cost. ad l. 7. ff. de pact.* Vocatur autem hæc actio quæ datur ex nudo pacto, condictio ex canone. *arg. l. 1. ff. de cond. ex L. Adaman. in divis. act. quæst. 17.* Dissentiunt *Conna. lib. 5. Com. c. 3. nu. 6. Facat. de occult. Iurispr. dial. 69. Bocerus ad l. contractus. de R. I. Duar. ad tit. de pact.* qui tradunt quod ad observantiam pactorum competat tantum Iure Cano. iudicis officium, quod est extraordinarium remedium. *c. l. & equaliter. ex. de pact.* Vel pœna excommunicationis mulctantur violentes pacta: quod item est remedium extraordinarium, & locum non habet, nisi deficiente ordinario. *c. novit. ex. de iudic. Ad stipulatur Fachin. lib. 2. contro. c. 100.* Postremò sciendum, quod *Anto. Fab. ad l. 7. §. ait Prætor. ff. de pact.* novam opinionem tenet, videlicet quod nulla actio detur iure Cano. ex nudo pacto. Quod enim traditur in *c. r. ex. de pact.* quod pacta debent custodiri, & suam obtinere firmitatem, hoc eodem modo intelligit, quo Prætor iure civili ait pacta esse servanda, scilicet datis exceptionibus tantum, non verò actionibus. *d. l. 7. §. sed cum nulla. ff. de pact.*

ASSERTIO XL.

Ambiguum vel obscurum pactum contra venditorem, stipulatorem & locatorem interpretandum est.

PACTUM ambiguum, quod duobus vel pluribus modis potest intelligi, vel obscurum, quod nullo modo potest intelligi, contra venditorem vel locatorem interpretandum est. *l. veteribus 39. ff. de pact. l. labeo 21. ff. de con. emp.* ut puta si dixerit venditor: Stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint; debet venditor quasi ambiguum loquens prædium liberum à stillicidij recipiendi servitute præstare. *l. si arborem 17. §. 1. ff. de ser. vrb. præd.* Ratio decidendi est, quia interpretatio contra eum facienda est, in cuius potestate fuit legem apertius dicere contractui. *l. cum queritur. ff. de reb. dub. l. in contrahenda 172. de R. I.* Atqui in venditoris potestate est legem qualemcunque venditioni rei suæ dicere. *l. ult. C. de pact. int. emp. l. legem. C. de don.* Sic in stipulationibus ambiguitas quoque contra stipulatorem interpretanda est, quia cum stipulatio ab interrogatione incipiat, illi imputandum est, cur non apertius sit stipulatus. *l. 38. §. in stipulationibus. ff. de V. O.* Concordat *c. contra. de R. I. in 6. quod ita habet.* Contra eum, qui Legem dicere potuit apertius, est interpretatio facienda.

Objicitur

Objicitur *l. si mihi* 110. §. ult. ff. de V. O. vbi dicitur, non quid promissor senserit, spectari debere, sed stipulantis mentem spectandam esse. Resp. Ideò in specie ibi proposita stipulatoris mens spectatur, quia cum veritate omnino congruit, & loquendi vsu, à quo mens promissoris prorsus est aliena. *Fab. ad l. quoties* 97. de R. I.

Secundò objicitur *l. si in emtione* 34. ff. de con. emp. Vbi dicitur, quòd pactum ambiguum contra emtorem interpretandum est. Nam cum convenisset ibi emtioni fundi Stichum accessurum, neque intelligeretur quis Stichus ex pluribus accesserit, cum de alio venditor, de alio emtor senserit, is Stichus debetur, quem venditor intellexit. Resp. Ibi statuendum est, emtorem convenisse de Stichi accessione, ideòque contra eum qui legem apertius potuit dicere contractui, facienda est interpretatio. *c. contra eum. & ibi Peck. de R. I. in 6.*

Tertiò objicitur *l. si quis intentione* 66. ff. de iudic. vbi dicitur, si quis ambigua intentione vel oratione vsus sit, id quod vtilius ei sit, accipiendum. Resp. Aliud est loqui de eo, quod vnus tantum contrahentium vel Litigantium dixerit, sive in iudicio, sive extra iudicium. Aliud verò de eo, quod à pluribus paciscentibus vel contrahentibus conventum est. Priori enim causa nemini fit iniuria, cum verba ex proferentis voluntate accipiuntur. Posteriori autem casu fieret iniuria ei, cum quo pactum est commune. *Anto. Faber in rational. ad l. Veteribus* 39. ff. de pact. *Hotom. in disputat. de pact. in fin. Forner. lib. 2. selection. cap. 18.*

A S S E R T I O X L I.

*Quilibet potest pacto Iuri & favori pro se
introducito renuntiare.*

RE G V L A est iuris antiqui, quòd vnicuique licet iuri & privilegio suo renuntiare, quæ tradita extat in *l. pactum* 46. ff. de pact. *l. si iudex* 41. ff. de minor. *l. pen. C. de pact.*

Sed multa adversantur huic regulæ. Primò obstat, quòd mulier pacisci non potest, vt longiori die quàm qui à legibus præfinitus est, dos sibi reddatur. *l. de die. l. Attilicinus. ff. de pact. dotal.* Sed dos mulieris est, & in utilitatem eius datur, vnde videbatur posse eam pacto favori suo renuntiare. Resp. Dos ita est mulieris, vt eam reddi Reipub. quoque intersit, in eoque publica utilitas quodammodò versatur. *l. 1. ff. Sol. mat.* Atqui ius publicum privatorum pactis immutare non licet.

Secundò objicitur *l. alia* 14. §. 1. ff. Sol. mat. vbi traditur, quòd marito,

qui habet beneficium, ne in reddenda dote in plus teneatur, quàm facere possit, non liceat pacisci, in dote accipienda, vt solidum ab eo exigatur. Resp. Hoc ideo cautum est jure, quia huiusmodi pactum est contra bonos mores. Est enim hoc contra reuerentiam marito debitam, vt maritus teneatur in plus quàm facere potest. Pacta autem quæ fiunt contra bonos mores, ipso iure nullius sunt momenti. *l. 6. C. de pact.*

Tertiò refragatur regulæ, quòd actio communi dividundo instituta est in fauorem eorum, qui rem communem habent, & volunt à communione recedere. Atqui non licet sociis pacisci, ne in perpetuum à communione recedatur, *l. in hoc iudicium. 14. §. si conueniat. ff. Com. diu.* Ergo non licet vtrique iuris sui persecutionem pacto remittere. Resp. Duplici causa illud pactum, ne omnino diuisio fiat, improbat. Primò, quia pactum non est validum, in quo paciscentis nihil interest. *l. pen. ff. de pact.* nihil autem interest paciscentis pactum illud seruari, quia interest potius eius à communione recedi: cum ea quæ communiter possidentur, plerumque negligantur. *l. 2. C. Quam. & quib. pars lib. 10.* Secundò hoc pactum, vt in communione semper maneant socii, est contra bonos mores, quia communio plerumque solet excitare discordias. *l. cum pater §. dulcissimis. de leg. 2.*

Quartò cum hac assertionem pugnat *l. cum precario 12. ff. de precar.* vbi dicitur, si conuenerit, vt qui accepit precariò, in Calend. Junias precariò possideat, huiusmodi conuentionem nullas habere vires, & tamen interdictum de precario, in gratiam eius, qui dedit precariò inductum est. Resp. Hoc pactum, vt ad certum tempus precariò rem accipiens retineat, neque liceat ante illud tempus precariò danti reuocare, ideo non valet, quia repugnat substantiæ precarii, cuius hæc est natura, vt petenti precariò concedatur tamdiu vtendum, quàm diu is qui concessit, patitur, repetiturus cum libuerit. *l. 1. ff. de precar.* Sed quæ de substantia alicuius actus vel contractus sunt, ea pacto tolli vel immutari, non possunt. *l. nec ex pratorio. 27. de R. I.*

Postremò grauitè obstat *l. si conuenerit 18. ff. de iurisd.* vbi dicitur, neminem cogendum esse huic conuentioni stare, si conuenerit, vt alius Prætor, quàm cuius iurisdictio est, ius diceret. In qua tamen conuentione is qui pactus est, priuilegio & præscriptioni fori sui apertè renuntiat. Resp. Pacto nudo effici non potest, vt quis conueniatur apud alium iudicem, quàm cuius iurisdictio subiectus est: quia ex nudo pacto non datur actio: atqui istius pacti nulla esset utilitas, nisi quis ex eo posset compelli actione aliqua, ut coram non suo iudice litigaret. Eaque est sententia *d. l. si conuenerit.* Verùm si hoc pactum in contractu aliquo adiectum fuerit, vt quis coram non suo iudice litigare teneatur, huic pacto standum est, quia

quia pacta adiecta contractibus obligationem & actionem pariunt. *l. ut bonæ fidei. C. de pact.* Ita accipienda est *l. p. nul. C. de pact.* ut rectè eam interpretantur Govean. & Cuiac. ad *d. l. si convenerit. Fachin. lib. 1. controvers. cap. 61.*

ASSERTIO XLII.

Ius publicum privatorum pactis mutari non potest.

IN iure civili pro regula statuitur, quòd ius publicum privatorum conventionibus tolli aut mutari non possit. *l. ius publicum 38. ff. de pact. l. neque pignus 45. §. ult. ff. de R. I.* Jus publicum dicitur, quod continet principaliter utilitatem publicam, quod & alibi dicitur ius commune vel solenne. *l. 7. §. & generaliter ff. de pact. l. nec ex pratorio. 27. de R. I.* Exempla sunt. Jure publico introductum est, ut liberi primo loco parentibus succedant ab intestato. Vnde pactum non valet, ut filia dote contenta excludatur ab hereditate paterna, *l. ult. ff. de su. & legit. 11.* Exemplum: Donatio inter virum & uxorem moribus prohibita est propter utilitatem publicam, ne concordia maritalis, quæ virtute obsequio & industria paranda est, pretio conciliari videatur. *l. 3. ff. de don. int. vi. & vx.* Si igitur maritus donavit uxori, pacto adiecto, ne res donatas repetat, hoc pactum contra ius commune initum, est invalidum, quoniam hoc pacto ius publicum, quod donationes inter coniuges inhibet, infirmatur. *l. 5. ff. de pact. dotal.* Exemplum etiam accommodatum adfertur ex iure Canon. Sic enim & pactum non valet, quo sacerdos renuntiat præscriptioni fori ecclesiastici, ut subeat iurisdictionem secularem. *c. si diligenti. ex. desor. comp.* Idque adeò procedit, ut ne renuntiatio quidem fori fieri queat à clerico, etiam si iuramentum accedat. Cuius sententiæ ratio redditur in *d. c. si diligenti*, quia non sit hoc beneficium personale, cui renuntiari valeat, sed toti ordini ecclesiastico publicè indultum, cui privatorum pactio derogare non potest.

Opponitur tale argumentum. Appellandi ius est publicum, sed partes inter se pacisci possunt, ne liceat sibi ad provocandi beneficium confugere. *l. ult. in fi. C. de temp. app.* Ergo privata conventio derogat iuri publico. Resp. Quod pro regula traditur iuri publico privatorum conventionem derogari non posse, accipiendum est de eo iure publico, quod ad statum Reipub. principaliter pertinet. At verò ijs quæ publici iuris sunt, & tamen privatorum usus deserviunt, pactis derogari potest. *l. 2. §. hoc interdictum. ff. Ne qu. in lo. pub.*

Secundò repugnat regulæ hoc argumentum. Legibus solennibus

testamentorum & iure publico introductū est, ne testator amplius quā dōdrantem bonorum legatis distribuere possit, ita ut quadrantem integrum heredi relinquat. *l. 1. ff. ad l. Falc.* Atqui licet testator efficere nequeat, ut Falcidia in suo testamento locum non habeat, *l. quod de bonis 15. §. 1. ff. ad l. Falc.* tamen heres cum legatarijs pacisci potest, ne Falcidiam deducat. *l. qui quod 46. l. potest 71. ff. ad l. Falc.* Resp. Lex Falcidia non principaliter ob utilitatem publicam, sed potius in heredis gratiam & favorem lata est, ne propter nullum aut minimum lucrum detrectet hereditatem adire: quilibet autem potest iuri & favori pro se introducto renuntiare. *l. pen. C. de pact.*

Tertiò opponitur *l. pacisci. 31. ff. de pact.* Vbi dicitur pacisci contra edictum ædilium licere. Si enim venditor pactus est, ne teneatur ob vitium venditi animalis, actione redhibitoria, vel quantiminoris, quæ ædilium edicto sunt introductæ, *l. 1. ff. de ad. ed.* standum est huic pactioni, & non dabitur emptori ad actiones, quas pacto remisit, regressus. *l. queritur 14. §. si venditor, ff. de ad. ed.* Resp. Per hoc pactum non impeditur mens & intentio iuris prætorij. Nam ædiles curules voluerunt suo edicto definire, ne quis ex venditione morboſi animalis deciperetur. *l. 1. §. causa. ff. de ad. edict.* Itaque cum venditor paciscitur cum emptore, ne de vitio vel morbo animalis contra eum agatur, huic pacto standum est, quoniam emptor hoc casu non decipitur, dum sciens & prudens ius suum remittit. Scienti enim & volenti non fit iniuria neque dolus. Illud benè notandum, quod si venditor sciens aliquod vitium, vel morbum rei venditæ, illud consultò retinuerit, & convenerit, ne teneatur redhibitoria, non tamen omninò standum esse conventioni, sed dandam esse emptori adversus exceptionem pacti replicationem doli, ne alioqui eveniat, ut contra bonos mores dolo faveatur. *l. queritur 14. §. si venditor. ff. de ad. edic.*

A S S E R T I O X L I I I .

*De crimine capitali, excepto adulterio, transigere & pacisci licet:
at de crimine non capitali, excepto crimine falsi, transigere, turpe & illicitum est.*

QUATVOR huius theſis membra sunt: primum est quòd de crimine capitali pacisci liceat; cuius ratio aperta est, quia, ut ait Cicero pro Milone, omnis honesta ratio est expediendæ salutis. quod disertè comprobatur. *l. 1. de bo. eo. qui sibi mor.* vbi dicitur, in capitalibus criminibus non nocere

nocere ei, qui aduersarium corrumpit: ignoscendum enim est ei, qui sanguinem suum qualitercunque redemptum voluit. Eaque assertio tam respectu accusatoris quam rei vera est. Nam licet aliàs qui desistit paciscendo ab accusatione, incidat in pœnam SC. Turpiliani l. 1. §. si quis autem. & l. in SCtum. 15. in princ. ff. ad SC. Turp. tamen qui transigit de crimine capitali, nulla afficitur pœna, ideò quia permissu legis vel principis desistit ab accusatione. Similiter respectu Rei hæc transactio quoque permissa est in criminibus capitalibus, quia reus qui transigit de crimine capitali, non habetur pro convicto. Nam magis declinandi gravissimi periculi causa, quam conscientia criminis transigisse videtur. l. ult. ff. de pravar.

Secundum caput est, quod de adulterio (quod non lege Julia. l. si quis viduam. ff. de quæst. sed posterioribus constitutionibus Impp. sed l. quamuis 30. C. ad l. Iul. de adult. factum est capitale) pacisci non liceat. Ratio est, quia quorum consilio factum est, ut vir fœminave in adulterio deprehensi, aliqua pactione se redimant, in lenocinij crimen incidunt. l. miles. 11. l. is cuius 14. ff. ad l. Iul. de adul. l. de crimine. C. eo. cujus gravissimi facinoris author haberi noluit Imp. Corras. lib. 2. Misc. c. 1.

Tertium thema est: In criminibus non capitalibus seu quorum pœna mors non est transigere non licet. Huius sententiæ varia & multiplex est ratio. Cuiac. & Wessem. hanc reddunt, quod reus qui de crimine paciscitur, falsi crimen incurrat. Omnis à reo corruptela falsitas in crimine non capitali, reus qui corrumpit iudicem, falsi tenetur. l. 1. l. qui duobus. ff. ad l. Corn. de fals. Similiter qui corrumpit adversarium, reus est falsi: nam hæc iunguntur ut paria, corrumpere iudicem vel adversarium. l. 1. C. de pœn. iud. qui male iud. l. Impp. ff. de iur. fis. Cuiac. lib. Obs. 6. c. 11. Accusator vero qui vendit, ac nundinatur publicum iudicium, qui se corrumpi & vinci sinit, tanquam prævaricator punitur, & propter improbam ab accusatione cessationem infamia notatur, l. 8. ff. de accus. l. in SCtum §. idem ff. ad SC. Turp. Donel. adfert hanc rationem, quod transactio in criminibus non capitalibus vetita sit respectu accusatoris, quia incidit in pœnam SC. Turpiliani, qui transigendo desistit ab accusatione. d. l. in SCtum. l. si quis §. 1. l. 1. §. prævaricatorem. ff. eo. Accur. in reo adfert hanc rationem prohibitæ pactionis, quia in fiscalibus causis, vel criminibus non mortalibus, qui transigit, vel qui delatorem corrumpit, pro confesso, & convicto habetur. l. 4. l. 29. ff. de iur. fis. l. ult. ff. de pravar.

Quartum est membrum, quodd licet transigere de crimine falsi: quod aperte probat l. 7. C. ad l. Corn. de fals. Rationem perspicue tradit Cuiac. lib. Obs. 19. c. pen. & lib. 20. c. 18. & 19. vbi dicit Græcos & Latinos interpretes omnes ita vno ore statuere.

Obiicitur

Obiicitur *l. 7. §. si paciscar. & l. si unus. §. item ne. & §. facta. ff. de pact.* vbi scriptum est, si de re familiari agatur, pacisci licere; si de re publica, non licere: itaque ne experiamur unde vi, aut de incensis adibus pacisci non licet. Atqui in accusatione publica agitur de causa publica, quia pertinet ad criminis vindictam, in quo vindicando publica utilitas vertitur *l. locatio. §. quod illicitè. ff. de publica. l. ita vulneratus ff. ad L. Aquil.* Resp. Qui transigit de crimine, seu qui conuenit, ne accuset, non de republica, sed priuata, & sua paciscitur, quia paciscitur se non accusaturum, quod priuatum eius factum est, non publicum. Neque pertinet hoc pactum ad publicam læsionem, nam obstat paciscenti tantum, ne post ea ad accusandum iterum admittatur: causa autem publica, id est, accusatio & executio criminis, cuius ex populo integra relinquitur, potestque iudex nihilominus de eadem crimine inquirere, & super eo procedere, illudque punire, quamuis partes transegerint. *l. libellorum. in fi. ff. de accus.*

Secunda obiectio. Transactio de crimine adulterii permessa videtur ex *l. si maritus 15. §. si negauerit ff. ad l. Iul. de adul.* vbi dicitur, si maritus negauerit se adulterii accusaturum, postea non admittitur. Resp. Ibi nulla est transactio de crimine adulterii, quia nulla adhuc cœperat esse lis, sed ultro tantum, & gratis renunciatum est accusationi adulterii *l. mariti. §. plectitur. ff. eo.* Vel respondend. Quod aliud est iniuriam gratis remittere, aliud pacisci. de crimine Pactum fit, si & is qui stuprum intulit, & is qui scit stuprum esse in uxorem commissum, consentiant. At gratis quis remittit iniuriam apud seipsum, si iniuriam quam passus est, ad animum non reuocauerit. Gratis ergo, quis iniuriarum quam accepit de adulterio remittere potest, at de adulterio non potest pacisci. *l. mariti. 29. §. plectitur. ff. ad l. Iul. de adul.*

Tertia oppositio. Transactio in ita de crimine capitali nullum habet effectum, quia reus potest ab alio iterum de eodem crimine accusari. *l. qui catu. §. fin. ff. ad l. Iul. de vi pub.* vbi dicitur, si filia alicuius rapta sit, etiamsi pater iniuriam remisit, tamen extraneus nihilominus reum de crimine raptus postulare potest. Item magistratus potest ex officio de crimine, de quo transactum est, inquirere, & illud punire. *Not. VVesem. in parat. de pact. num. 6.* vbi dicit moribus hoc ita obtinere. In eandem sententiam respondit *Bart. in l. 1. §. vsque ff. de iniurijs:* vbi dicit, si pax fiat de cæde vel vulnerare, per hoc tollitur actio quæ competit vulneratio, sed non accusatio, quæ ad vindictam publicam intentatur. Resp. Transactio facta in crimine capitali duos habet effectus: primò quoad transigentem prodest, quia is repellitur ab accusatione, nam quantum in se est, prodidit causam publicam: ille itaque privatam iniuriam, seu damnum, quod accepit ex crimine,

mine, non potest iterum publico seu privato iudicio repetere, vel vindicare. *d.l. in S Crum §. idem. ff. ad S C. Turpil.* Secundus effectus est, quod qui de novo volunt reum de eodem crimine accusare, cum quo transactum est, non possunt super processu ante instituto litem proseguere: ratione ergo illius instantiæ, seu processus transactio præiudicat omnibus, quia impedit processum iudicis, & obstat quo minus probationes in priori iudicio productæ, iterum repetantur. *arg. l. fratris. C. de transac. Bart. in l. transigere, C. de transf. num. 8. Pulchrè Gomez. in var. resol. cap. de homicid. num. 55.* Dissentit planè à prædictis Hotom. in *illust. quæst. qu. 21.* qui invertit lectionem receptam in *d.l. transigere*, & statuit in capitalibus criminibus transigere vel pacisci non licere, è contra in criminibus non capitalibus transigere vel pacisci permissum esse. Quæ audacia leges Imperatorias emendandi omnino est repudienda, utpote cui omnium Codicum auctoritas & fides repugnet. Præterea Doctores iuris non debent esse novarum legum conditores, sed interpretes tantum, uti rectè Hotom. hoc nomine reprehendit. *Fachin. lib. 1. contro. Iur. c. 8.*

ASSERTIO XLIV.

Sicut de adulterio non licet transigere, ita nec de raptu.

QUOD de raptu non liceat transigere, probatur ex *l. vnic. §. ult. C. de rap. virg.* Vbi lex parentes deportari iubet, si dolorem suum remiserint, & patientiam præbuerint super raptu filiæ. Adde quod crimen raptus coniunctam habet causam cum adulterio & stupro, de quibus pacisci non licet.

Objicitur *l. penul. C. In qu. caus. ser. pro præm. liber. accip.* vbi proponitur de raptu fuisse transactum. Resp. In *d.l. penul.* hoc solum nudè traditur, raptum dissimulatione fuisse præteritum, aut pactione transmissum: sed non deciditur in illa *l.* an transactio licita & valida fuerit: sed ad alias leges recurrere debemus, maximè ad *d.l. vnic. C. de rap. virg.* ex qua constat transactionem illam non valere.

Secundò obstat *l. qui cætu. §. fin. ff. Ad l. Iul. de vi publ.* vbi dicitur, quod pater raptus crimen remiserit. Resp. In ista *l.* hoc solum quæritur, an patre iniuriam raptus remittente, extraneus nihilominus accusare possit, & deciditur posse. Ex quo tamen non sequitur id impunè patri licere. De stupro quoque nec transigere quis potest. Ratio est, quia pro comperto stupro pecuniam accipere non licet. *l. auxilium. in fin. ff. de minor.* ergo nec transigere, hoc est, non gratis pacisci licet.

H

ASSER-

ASSERTIO XLV.

Transactio inter alios inita, alijs non nocet.

GENERALIS regula est omnium pactorum & transactionum, quod pactis & transactionibus ius proprium paciscentium læditur, ius aliorum non item. *l. item si vnus. §. ante omnia. ff. de pact. l. debitorum. C. eo.*

Sed pugnare in hoc articulo videntur *l. 3. in princ. ff. de trans. & l. controversia 14. ff. eo. In l. 3.* dicitur transactionem factam super testamento filij, inter matrem petentem hereditatem ex causa inofficiosi testamenti, & scriptum heredem, non præiudicare legatarijs, sed posse eos nihilominus convenire scriptum heredem. In *d. l. controversia*; statuitur inita transactione inter scriptum heredem & legitimum venientem ab intestato, vtrunque posse pro parte hereditatis in transactione expressa, vtilibus actionibus conveniri à creditoribus. Resp. Transactio inita inter scriptum heredem & legitimum non nocet legatarijs: illi nanque heredem testamento scriptum convenient, non legitimum. In *d. l. controversia* agitur de creditoribus, quibus dantur vtilis actiones tam contra scriptum, quam legitimum heredem. Ratio differentia est, quia legata ex testamento debentur, & ideo legatarij scriptum heredem conveniunt, testamentum enim transactione super querela inofficiosi testamenti, non est ruptum. *l. si suspecta 29. §. quamvis. ff. de inoff. test.* At debita à defuncto contracta à quibuslibet heredibus debentur, ideoque creditores, quia incertum ipsis est, vtrum scriptus an legitimus sit heres, cum vtroque agere possunt.

Secundò adversatur *l. ult. ff. de trans.* vbi transactio inita inter venditorem hereditatis, & debitorem, nocet emptori hereditatis. Resp. Ibi debitor hereditarius qui transegit, ignoravit venditam esse hereditatem, ideoque ex æquo & bono exceptio transactionis debitori accommodatur, quæ emptorem hereditatis petentem ab eo debitum, repellit. Quod si scivisset venditam esse hereditatem, & nihilominus cum venditore hereditatis transegisset, non daretur ei transactionis exceptio contra emptorem. Cæterum vt rectè notat *Acc. in d. l. ult.* emptori actio ex empto contra venditorem hereditatis dabitur, qua id quod à debitore accepturus fuisset, consequetur.

ASSE-

ASSERTIO XLVI.

Transactio super re certa vel iudicata fieri non potest.

OMNIS transactio sit super re dubia, lite incerta & nondum finita. *l. 1. ff. de trans. l. in summa 65. §. 1. ff. de cond. ind.* Si verò decisa est lis, & per sententiam finita, iam quia causa amplius non est dubia, transactio est inutilis. Itaque super re iudicata transactio facta, nullus est momenti. *l. & post. ff. de trans.*

Obijcitur, quòd super re iudicata pacisci possumus. *l. 7. §. si paciscar. ff. de pact.* Resp. Pacta super re iudicata admittuntur, sed non transactiones: quia pacta sunt super rebus certis, quas donandi causa quis remittere potest, transactiones verò super rebus dubijs & litigiosis conficiuntur.

Secundò obijcitur *l. transacta 229. de V. S.* vbi dicitur, transacta finita ve intelligere debemus, non solùm illa, de quibus controversia fuit, sed etiam quæ sine controversia sunt possessa. Resp. Ibi verbum transacta, ad illa de quibus controversia fuit, referendum est. Verbum finita, ad illa quæ sine controversia sunt possessa, finita scilicet pacto, vel longi temporis præscriptione, quemadmodum colligitur ex *l. 1. §. ult. ff. ad S. C. Tertull.*

Tertiò adversatur *l. si de certa. C. de trans.* vbi transactio de re certa fieri dicitur. Resp. Non ibi res certa dicitur, de qua nulla dubitatio est, sed certa res appellatur, vna aliqua species vel quantitas, quæ vel dubia fuit, vel litigiosa: de illa rectè transigitur.

Quartò obstat *l. si causa cognita. C. de trans.* vbi post rem iudicatam admitti videtur transactio, dummodò interposita Aquiliana stipulatione, & acceptilatione conficiatur. Resp. Verba istius stipulationis, quæ habent, *Si non Aquiliana stipulatione, & sequenti acceptilatione actionem peremisti*, rebus iudicatis præses effectum adhibebit, ita accipienda sunt, quasi dicat Imp. quia acceptilatione non peremisti actionem, ideò rebus iudicatis standum est, vt hic sit sensus legis, Quia non est sublata pristina actio, transactione per acceptilationem interpolata, post rem iudicatam, ideò transactio irrita est, & res iudicata ad effectum perducenda: vt sic particula *SI*, pro *QUIA* accipiatur. Ita multis contra Gl. probat Donel. in d. *l. si causa*. Sic enim alibi conjunctio *SI*, pro quia in iure accipitur. Sic in *l. 1. §. pen. ff. de V. O.* legitur. Si tot sunt stipulationes, quot corpora, duæ quodammodò sunt stipulationes. Quod perinde intelligendum est, ac si dixisset *ICtus*, quia tot sunt stipulationes, quot corpora, duæ quodammodò sunt stipulationes.

ASSERTIO XLVII.

*Transactio de alimentis facta, neque ad vestiarius,
neque ad habitationem pertinet.*

HÆc decisio expressè traditur ab Vlpiano in l. cum hi. §. qui transigit. ff. de transf. Vbi statuitur, quòd transactio simpliciter, & generaliter de alimentis facta, non porrigitur, neque ad habitationem, neque ad vestes. Quod est singulare & menti tenendum.

Sed objicitur huic sententiæ, l. legatis. & l. ult. ff. de ali. legat. vbi dicitur, quòd alimentorum appellatione non solùm victus, sed etiam vestitus & habitatio contineatur. Resp. Hoc procedit favore alimentorum, vt scilicet cum alimenta legantur, tunc largius ea præstentur, ac simul vestes & habitatio debeantur. Verùm cum transigitur de alimentis, tunc quia agitur de finiendis & remittendis per alienationem alimentis, strictius ea accipiuntur, ita vt de cibarijs tantùm, & nõ de vestibus & habitatione transactum intelligatur. Ideoque D. Marcus constituit, vt expressè & specialiter de habitatione & vestibus quoque transigatur, alioqui generali transactione alimentorum ista non veniunt. Ita notant Accur. Baro, & Cuiac. in d. §. qui transigit. Pro hac sententia decidit Menoc. lib. 2. arbit. iud. cent. 2. qu. 70. vbi tradit in odiosis seu alimentario præiudicialibus, appellatione alimentorum non venire nec habitationem, nec vestiarius. per d. l. cum hi. §. qui transigit. E contrariò autem in favorabilibus, & alimentario vtilibus, alimentorum appellatione habitationem & vestimenta contineri. per d. l. Legatis. ff. de alim. & ciba. legat.

ASSERTIO XLVIII.

*Procuratores & Syndici transigere non possunt. Tutores verò
& curatores sine consensu magistratus, transigendo
res minorum alienare vetantur.*

PRIVS membrum enunciationis expressè probatur in l. 7. C. de transf. vbi dicitur transactionem litis à procuratore interpositam, cui causæ actio, non decisio litis mandata est, domino nõ præiudicare. Idem de syndico civitatis, & procuratore fisci statuendum. l. nulli. ff. de transf. Posteriùs membrum confirmatur ex eo, quòd transactio est species alienationis. l. 4. C. de prad. & al. reb. minor. At qui res immobiles minorum sine decreto

creto magistratus à tutoribus & curatoribus alienari non possunt. *d. tit. C.*

Sed obstat graviter *l. præs. 12. C. de transf.* vbi dicitur, administratorem civitatis posse de dubia lite civitatis efficaciter transigere. Resp. Administratores civitatis non possunt de bonis civitatis transigere, quando nomine transactionis aliquid ab eis est dandum. arg. *l. 1. ff. de off. proc. Cas.* Aliud verò dicendum est, si transactionis causa aliquid recipiendum est ab eis. Ita *d. l. præs.*, intelligendam esse notat *Ias. ad d. l. nulli.* Approbat *Vvesem. in paratit. ff. de transf.*

Secundò obstat *l. 5. C. de vsur.* vbi tacito pacto administratoris Reipub. dum per aliquot annos recipit minores vsuras, promissis maioribus, incommodatur Reipub. Resp. Ibi non fuit aliquid pacto remissum, sed administratoris negligentia currit contra civitatem præscriptio, quia longo tempore minores vsuræ sunt præstitæ administratori. Per diuturnam enim præstationem minorum vsurarum, præscribitur maioribus vsuris. *l. qui semisses 13. ff. de vsur.*

Tertiò obstat *l. si pignore 54. §. ult. & l. interdum 56. §. qui tutelam. ff. de furt.* Vbi dicitur tutorem transigere posse de furto in bonis pupilli commissio. Resp. Ibi debitum non fuit liquidum, quo casu tutor potest transigere. Adde, quòd eo casu nihil diminuitur de bonis pupilli. Qui enim occasione acquirendi non vitur, nihil alienare censetur. *l. alienationis 28. de V. S.*

Postremò obstat *l. si plures 9. ff. de pact.* vbi tutor potest cum debitore pupilli paupere transigere, & illi aliquid de debito remittere. Resp. Regulariter tutor non potest debitum pupilli transigendo remittere, *l. pactum 22. ff. de pact. l. tutoris 15. ff. eo.* Verum cum debitore paupere potest decidere, quia hoc fit ex necessitate. *Costal. ad d. l. si plures.* Vide latius pro intellectu huius quæstionis. *Anto. Fabrum in rationalib. suis ad Pandectas ad d. l. nulli ff. de transact. & ibid. Costalium.*

ASSERTIO XLIX.

Maïor annis xvii. potest esse procurator ad Lites, contra communem DD. opinionem.

NATVS annos xvii. potest esse procurator: sufficit enim ad hoc munus exercendum plena pubertas. *§. iustæ. Inst. Quib. ex caus. manu.*

Et hæc doctrina procedit tam in procuratore dato ad iudicia & lites, quàm ad negotia extraiudicialia. Nec obstat *l. exigendi. C. de proc. ex qua Olden. & Vvesem.* statuunt in procuratore requiri ætatem xxv. annorum, nam illa lex loquitur de defensore, non de procuratore. Minor annis xxv.

defensor non est idoneus, quia oportet illum satisfacere iudicatum solui: quo casu quia obligatur & spondet pro alio, imò quia in eum condemnatum sit executio, facillè lædi potest: ac proinde quia ex hac causa in integrum restitui potest, defensor non est idoneus. *l. minor 51. ff. de procu.* Diversa ratio est in procuratore: cum enim hic mandato precedente causam domini agat, imputare debet sibi dominus, qui rem procuratori minori commisit, nec poterit dominus ex gestu & administratione minoris in integrum restitui. *l. cum mandato 23. ff. de minor.* Minor itaque xxv. annis potest esse procurator, sed non defensor. Ita rectius mihi sentire videtur Cuiac. *ad tit. de divers. præs. c. 29. & lib. Obs. 22. c. 16. quàm VVesem. in parat. de procur.* Approbat hanc sententiam Specu. *tit. de procu. §. 1. num. 8.* Dissentiant communiter DD. testante Jafone *ad l. exigendi. C. de procur.* Quam sententiam amplectuntur Duare. *ad tit. de procur. Sneider. & Mins. ad d. §. iusta. Capra in commun. opinio.* DD. ubi tradit hanc esse communem DD. sententiam, quod minor xxv. annis procurator in iudicio esse non potest. Et hæc communis opinio iuris Canonici auctoritate fundatur. *c. 5. de procur. in 6º.* Vbi Bonifacius octavus Pontifex in hæc verba scribit. Licet autem quis post decimum septimum annum procurator ad negotia licetè deputetur: Ad iudicia tamen, nisi maior xxv. annis fuerit, deputari non debebit.

A S S E R T I O L.

In capitalibus iudicijs procurator ad accusandum aut defendendum intervenire non potest, nisi in casu ubi absens daminari potest, aut ad allegandas causas absentiae.

IN criminalibus ex parte actoris frustra intervenit procurator ad crimen persequendum. *l. pen. §. ult. ff. de pub. iud. l. 3. C. de ijs qui accus. non pos. arg. l. ult. C. de iniur.* ubi permittitur illustribus tantum personis in causa iniuriarum ad accusandum procuratores dare, itaque in cæteris lex vetat. *l. cum prator. ff. de iudic.* Ratio redditur ex parte actoris, quia in criminalibus causis actores non agunt suum negotium, sed publicam utilitatem exequuntur, ut coërceantur delicta, quæ publicè interest non manere impunita. *l. ita vulneratus. ff. Ad l. Aquil.* Cum autem accusatoris privatim nihil interest, sed agit ut quis de populo, procuratorem dare non potest, *l. non cogendum 45. §. 2. ff. de procur.*

Objicitur quòd actio injuriarum vindictam criminis persequatur, & tamen licet in ea procuratorem dare, *l. prator. §. 1. ff. de iniur. l. licet 42. §. 1. ff. de procur.*

de procur. Resp. Hæc actio principaliter persequitur pœnam pecuniariam, quam actor petit sibi dari. §. *pœna*. §. *pen.* *Inst. de iniur.* Ideoque actio iniuriarum rectè per procuratorem intentatur, quando civiliter exercetur, non cum criminaliter ad pœnam corporalem, vel pecuniariam fisco applicandam intenditur.

In criminalibus pro Reo procurator intervenire non potest. *d. l. pen. §. ult.* Ratio est, quia non oportet iudicia reddi clusoria. *l. si prator. ff. d. iudic.* Quod fieret, si liceret reo abesse, & procuratorem dare, nam si reus sentiret duriores sententiam in se constitutum iri, absentaret se, & procuratorem constitueret.

Opponitur *l. servum 33. §. publicè ff. de procur.* ubi dicitur, defensionem absentis etiam in publicis iudicijs admitti. Resp. Vlp. loquitur de ea defensione, quod procurator dari possit in eum finem, ne statim damnetur reus, non ut absolatur, sed ut sententia iudicis differatur, donec reus revertatur, hoc est, ad alligandas causas absentiar, non autem ad principalem causam discutiendam. *l. inter 10. ff. de pub. iud. l. absens 71. ff. de procur.*

Obijcitur secundò *l. 4. §. pen. ff. ad l. Cor. de sic.* ex qua colligitur, reum capitalis criminis absentem etiam in causa principali criminis, per procuratorem defendi posse. Resp. Toties potest procurator ex parte rei in capitali crimine intervenire, quoties reus absens damnari potest. Tum demum autem absens damnatur, cum reo præsentem lis contestata est. h. e. cum inter reos receptus est, qui soli possunt absentes damnari. *d. l. inter. l. adulteram 13. C. Ad l. Iul. de adul.* ubi dicitur, cognitione criminis suscepta, hoc est, lite contestata, posse reum absentem damnari. Itaque ubi rei tempore litis contestatæ iudicio interfuerunt, & postea eos abesse contingat, tunc quia possunt absentes damnari, possunt etiam pro absentibus intervenire procuratores ad principalem causam defendendam. *arg. l. quamvis indubitati. C. Ad l. Iul. de adul.* Verum quia ante litem contestatam absente reo non potest ad criminis principalis condemnationem iudex pervenire, sed tantum ad annotationem & obsignationem bonorum rei proceditur, *l. ult. ff. de requ. vel abs. dam. l. absentem. C. de accus.* idè non potest procurator intervenire pro reo ad defensionem criminis ante litem contestatam. *Cuiac. lib. Obs. 20. c. 11. 20. & 21. Roper. lib. 2. rec. sen. c. 3. Vult. lib. vnic. Scholast. discept. c. xi.* Communiter à DD. in hoc articulo ita distinguitur. Aut crimen tale est, ex quo sequi potest pœna corporalis, saltem vique ad relegationem, & tunc non licet procuratorem dare: sin autem est pœna pecuniaria vel relegationis, dare licet. *l. absentem. ff. de pœn. l. 1. ff. Au rer al. caus app. l. tunc convent. 15. C. de accus. l. 3. C. Vbi Senat. vel clariss. in verb. publicum crimen, privatumve, cui tamen per procuratorem respondere non liceat. Et hanc senten-*

sententiam in praxi servari testatur *Clarus lib. 5. §. fin. q. 32. §. hac autem. Menoch. in arbitrar. iud. lib. 1. quest. 80. Fachin. lib. 1. contro. iur. cap. 25. & 26.*

ASSERTIO LI.

Procurator totorum bonorum non potest res domini vendere, neque transigere de rebus domini, sed procurator datus cum libera potestate, potest.

HANETHESIN confirmat. *l. procurator cui 58. cum l. seq. l. mandato 60. & l. procurator totorum 63. ff. de procur. l. qua ratione 9. §. 3. ff. de acq. re. do. l. rescriptum. §. ult. & ll. seq. ff. de pact.*

Obiicitur *l. contra 28. §. 1. ff. de pact. l. si consensit. §. videbimus. ff. Qu. mo. pig. sol.* quæ innuunt procuratores etiam cum libera potestate constitutos, non posse transigendo jus domini remittere, seu res eius alienare. Resp. Aut transactio fit super dubio & controuerso jure domini, & tunc potest procurator cum libera, transigendo domino nocere. *l. præsēs. C. de trans. d. l. rescriptum. §. fi. & ll. seq.* Aut transactio seu pactum fit de causa & re certa, & tunc procurator transigendo, certum domini debitum remittere non potest. *d. l. mandato.* Hæc distinctio expressè comprobatur per *l. præsēs. C. de trans.* ubi statuitur, quòd administrator ciuitatis transigere non potest donationis causa, seu ambitiosè & gratiose certum domini debitum remittere, sed tamen super jure dubio paciscendo, domino nocere potest. Atqui administratores Reipub. dicuntur habere mandatum cum libera administratione. *l. item magistri 14. ff. de pact.* Ergò & procuratoribus cum libera potestate idem conceditur.

Secundò huic decisioni, quòd procurator datus cum libera, res domini alienare possit, (quæ in *d. l. procurator 53. & d. l. qua ratione.* disertè fundatur,) videntur obstare *d. l. procurator totorum. & l. procuratorem 16. C. de procur.* quibus affirmatur, quòd solus procurator, qui habet speciale mandatum, res domini alienare potest. Itaque etiam procuratori cum libera res domini alienandi facultas interdicta est. Resp. Prædictæ leges ita accipiendæ sunt, vt procurator generalis omnium bonorum simpliciter constitutus, tantùm excludatur: nam ille res domini alienare nequit, nisi fructus & alia mobilia, quæ facile corrumpi possunt. *d. l. 63.* Procurator verò cum libera datus, res domini vendere potest, modò id faciat animo administrandi, non donandi vel dilapidandi. *l. creditor. 60. §. ult. ff. Mand. l. filius. 7. ff. de don. d. l. qua ratione.* Ratio est, quia procurator qui habet speciale manda-

mandatum, & procurator datus cum libera, æquiparantur. *l. si quis hac. 41. §. ult. ff. de rei vend.* Et hæc distinctio inter procuratorem omnium bonorum, & procuratorem cum libera, communiter à DD. recepta est, *teste Costal in d. l. 58.* eaque comprobatur in c. qui ad agendum. de procur. in 6 licet eam conuellerè conetur *Baro in d. l. mandato.* Sic enim summus Pont. Bonifacius rescribit in d. c. qui ad agendum. Procurator absque speciali mandato iuramentum deferre, transigere, vel pacisci non potest, nisi ei bonorum vel causæ administratio liberè sit concessa. Hanc sententiam, quod procurator omnium bonorum cum libera potestate constitutus de rebus domini liberè transigere possit, sic vt dominus raram transactionem ratam habere cogatur amplectuntur *Alciatus nu. 25. & Hotom. ad l. transactionis. 7. C. de transact. Duare. ad c. 1. de transact. Cuiac. ad §. 41. Inst. de rer. divis. Pacius centur. 2. ἐναυλοφανάων. quest. 47.*

ASSERTIO LII.

*Procurator ex contractibus gestis procuratorio nomine,
tenetur etiam finito officio.*

CONFIRMATVR hæc thesis in *l. seruum Titij 49. vers. & pato. ff. Mand. l. si literas. C. eo. l. procurator qui 67. ff. de procur.* vbi traditur, quòd in procuratorem de contractibus ab eo gestis fiat executio, etiam finita potestate. Sicut enim est in arbitrio contrahentis cum procuratore vel magistro nauis, vtrum cum institore vel magistro nauis, an cum domino seu exercitore velit experiri. *l. 1. §. est autem. ff. de exer. act.* ita liberum est ei qui cum procuratore contraxit, in procuratorem vel dominum agere. Si tamen qui cum procuratore contraxit, contemplatione solius domini contractum iniit, solus dominus conuenitur, non procurator. *l. si pupilli. §. 1. ff. de neg. ges.*

Obijcitur *l. ult. ff. de inst. act.* vbi institor qui constituit se soluturum nomine domini, finito officio non tenetur. Resp. Ibi institor non obligauerat se pro domino, neque constituerat se debere, sed tantum ad probandum institoris officium, quòd scilicet mensa nummularia sibi à domino esset commissa, scripserat certam summam ex mensa domini aduersario deberi; ideoque ex tali epistola, quam non ad se obligandum, sed fidem mensæ ostendendam scripsit, conueniri non potest. *Castren. in d. l. ult.* Vel respondendum cum Costalio in *l. Plantius. ff. de procur.* quòd institor ibi non ex contractu, sed ex simplici confessione conueniebatur. Diversum autem obtinet in tutore quàm procuratore: nam tutor de contractibus ab

eo nomine tutorio gestis, finito officio non tenetur. l. 5. §. 1. ff. *Quam. ex fac. tut.* l. 1. C. eo. l. cum quadam 26. C. de adm. tut. Ratio diuersitatis est, quod tutor in uirtus ex necessitate muneris publici obligatur, procurator vero se pro domino voluntariè obligat, ut rectè notat Accur. in d. l. procurator qui. per d. l. cum quadam. l. tutori 20. C. de neg. gest. Quod si tutor proprio nomine contraxit, tunc finito officio, fit etiam contra eum executio. d. l. 5. §. 1. l. tutores 39. §. aduersus ff. de adm. tut. l. pen. C. Si tut. vel cur. interu. l. si non subscripsisti 15. C. de admin. tuto.

ASSERTIO LIIL.

Procurator præcisè non cogitur dominum defendere.

ANCEPS & difficilis à DD. mouetur quæstio, An procurator præcisè cogatur iudicium suscipere, & dominum defendere. In qua quæstione latè se implicat Accur. in l. sed & hæc 35. §. vlt. ff. de procur. Et verior est sententia, quod procurator etiam si satisfecit de iudicato soluendo, & defendendo, tamen non cogitur districtè dominum defendere, sed sufficit actori, quod possit agere ex stipulatione iudicatum solui, quæ committitur ad interesse ob rem non defensam. l. mutus 43. §. vlt. cum ll. seq. ff. de procur.

Obiicitur l. filius fam. 8. §. vlt. ff. de procur. Vbi dicitur, quod procurator, pro quo consentiente & sciente dominus satisfecit iudicatum solui, cogatur iudicium accipere, & dominum defendere, nec liberatur præstando id quod interest domini, litem non esse defensam. Resp. sub distinctione. Aut ipse procurator satisfecit de iudicato soluendo, & defendendo, & tunc non cogitur præcisè dominum defendere; sed satis est committi stipulationem ob rem non defensam, ad interessè. l. non cogendum 45. ff. de procur. sufficitque eum teneri domino actione mandati ad interessè. §. mandatum. Inst. mand. 2. Aut dominus satisfecit pro procuratore præsentè & sciente, iudicatum solui, & tunc districtè cogitur procurator defendere. d. l. 8. §. vlt. l. si defunctum 15. ff. ed. Ratio est, quia cum dominus cauit pro procuratore, tunc meritò Prætor potest compellere procuratorem, ut præcisè defendat, & iudicium accipiat, ne scilicet simul & actor & dominus, quibus vtriusque fidem præstitit procurator, decipiantur.

Secundò aduersatur l. seruum 33. §. vlt. & l. sed & hæc 35. §. vlt. ff. de procur. ubi dicitur, procuratorem teneri dominum defendere, eumque cogi ad iudicium accipiendum. Resp. Illæ leges de procuratore actoris loquuntur, quod scilicet procurator qui alicuius nomine agit, cogitur eiusdem
etiam

etiam defensionem suscipere, si procurator actoris à reo reconueniatur, nec liberatur præstando quanti ea res est. Aliud obtinet in procuratore rei, qui non cogitur districtè iudicium accipere, sed sufficit committi stipulationem iudicatum solui, ob rem non defensionem.

ASSERTIO LIV.

Si dominus factus est non soluendo, procurator non tenetur eum defendere.

PROCURATOR qui satis dedit iudicatum solui pro reo, non est cogendus iudicium accipere, si dominus factus est non soluendo, vel bona eius possessa sunt à creditoribus. Inopia enim rei principalis siue domini excusat procuratorem à defendendo. *tex. est expressus in l. mutus 43. §. ult. ff. de procur.*

Sed adversatur graviter *l. Titius, antep. ff. eo.* Vbi dicitur, quòd defensor qui satis dedit iudicatum solui, tenetur omninò dominum defendere, etiamsi dominus desiit esse soluendo. Resp. ex distinctione Bartoli in *d. l. Titius.* Aut quis sine mandato se liti obtulit pro domino absente, & hic necessario obligatur ad defendendum, neque iudicium recusare potest, siue dominus sit soluendo, siue non. Ratio est, quia in defensorem, qui se iudicio sine mandato obtulit, fit executio sententiæ, *l. Plantius 61. ff. de procur. l. 4. in prin. ff. de re iud.* Præterea defensor postquam satis dedit iudicatum solui, censetur dominus litis, & omne periculum ad eum pertinet. Ita accipienda est *d. l. Titius,* quod scilicet loquatur de defensore, qui scilicet sine mandato interuenit pro reo, quod necessario iudicium suscipere cogatur. Aut quis cum mandato se obtulit alicuius defensionem, & eo casu procurator, domino effecto paupere, defensionem iustè recusare potest, quia in eum non fit executio iudicati. *d. l. 4.* Inopia enim domini, est iusta causa non defendendi, in procuratore. Ita soluunt hanc antinomiam. *Bart. & Costal. ad d. l. Titius.* Ex quo notanda est insignis decisio, quod scilicet regulariter censeatur tacitè reuocari mandatum, si dominus vel procurator desierint esse soluendo, vel cœperint labi facultatibus. *l. cum quis 38. in princ. l. si cum Cornelius 82. & ibi Bart. ff. de solu. tex. notab. in l. liberto. §. largius. ff. de ann. legat. V. Ves. ad tit. de procur. num. 11.*

ASSERTIO LV.

In actionibus famosis procurator interuenire potest.

QUOD in iudiciis famosis procurator licitè interuenire possit, manifestè ex eo probatur, quod alieno nomine puta procuratorio possit quis ex causa famosa condemnari. *l. furti 6. §. 1. ff. de his qui not. inf.* Idem ostendit apertè Paulus in *l. licet 42. §. 1. ff. de procur.* vbi in actione iniuriarum, quæ ex lege Cornelia descendit, admittit procuratorem, quod iudicium infamat.

Opponitur huic sententiæ. *l. non solum 39. §. fin. ff. de procur.* vbi in accusatione suspecti tutoris, quæ famosa nimirum ob dolum esse potest, IC. putat procuratorem non facilè admittendum. Resp. Aut certa pœna in famosis actionibus vertitur, quæ vsque ad relegationem extendi potest, & tunc admittitur procurator. *d. l. licet. §. 1. l. 1. ff. An per al. caus. app.* Sic si agatur crimine suspecti tutoris, in hoc tantum, vt tutor à tutela remoueatur, & infamia notetur, procurator recipitur. Aut pœna arbitria est, vt cum suspecti crimen intentatur, vt tutor puniatur corporaliter: quod fieri potest, si improbè grassetur in bonis pupilli, eaque fraudulenter diminuat. *l. 1. §. ult. & l. seq. ff. de susp. tut. l. 1. §. solent. ff. de off. præf. vrb.* & tunc procurator repudiatur. *VVesem. ad. tit. de procur. in parat. num. 5. Bart. ad l. pen. §. ult. ff. de pub. iud.* Similiter si agatur actione iniuriarum pro atroci iniuria, ex qua etiam pœna corporalis infligi potest. *l. ult. ff. de iniur.* non potest interuenire procurator, ne iudicia reddantur elusoria, & maleficia mancant impunita. *arg. l. ult. C. de iniur.* vbi in actione iniuriarum criminaliter mota, ex speciali privilegio conceditur illustribus personis, vt per procuratorem possint litigare, ergo aliis hoc est interdictum.

Secundo repugnat, quod iudicia famosa capitalibus æquiparantur. *l. iusta. vbi Glos. ff. de man. vind.* Arqui in capitalibus causis non admittuntur procuratores, ergo nec in famosis. Resp. Hoc quod dicitur causam famæ comparari iudicio capitali, non simpliciter verum est, sed secundum quid, puta in delatione iuramenti purgationis, item in restitutione in integrum, propter metum, tam vitæ, quam famæ, alicuius illatum concedenda. *l. 1. §. quidem 8. ff. Quod met. caus. VVes. d. loco.*

ASSE-

ASSERTIO LVI.

Qui propria auctoritate, & sine iudice sibi ius dicit, vel per vim quod suum est, vel sibi debetur, auferit, ius suum amittit.

PROBATVR hæc conclusio in *l. extat. ff. Quod me caus. l. pen & ult. ff. Ad l. iul. de vi privat. l. si quis in tantam. C. Vnde vi.* Ratio huius decisionis est, quia non est singulis permittendum, quod per magistratum publicè fieri debet. *l. non est singulis 176. ff. de R. I.* Ideò enim iudiciorum vigor, iurisq; publici tutela in medio posita est, ne quilibet privatus sibi ipsi permittere valeat vltionem. *l. nullus 13. C. de Iudæ.*

Obijcitur primò huic assertioni *l. quemadmodum 29. §. i. ff. ad l. Aquil. vbi permittitur domino propria auctoritate, etiam iudice non adito quòd in suo ædificatum est, tollere vel destruere.* Resp. Quod dicitur, non licere suum sine iudice ab alio auferre, intelligendum est de eo, qui non possidet, alioqui si quis rem possideret, & in ea aliquid fieret, posset propria auctoritate, quod in suo positum vel ædificatum est, destruere, aut rem occupare. *l. si in area 33. ff. de cond. inde. Costal. ad d. l. extat.*

Secundò obijcitur *l. i. in princ. ff. Quod legat. vbi legatarius qui propria auctoritate sine voluntate heredis legatum occupavit, tenetur quidem interdicto, quod legatorum, vt heredi possessionem rei legatæ reddat, quo is Falcidiam detrahat, sed tamen legatum non amittit.* Resp. Ideò non amittit legatum, quia id occupavit, antequam possessio legati per heredem esset apprehensa. Quandiu enim heres non apprehendit rerum hereditariarum possessionem, censetur adhuc possessio vacare, & apud nullum existeret. *l. cum heredes 23. ff. de acq. poss. l. i. §. Scavola. ff. Si quis test. lib. Vnde si legatarius post aditam hereditatem, & apprehensam possessionem rei legatæ, legatum occupet, aut subtrahat heredi, legatum amittit. l. non est dubium. & ibi gl. C. de legat. Gomez. tom. 1. var. resol. c. 12. de legat. num. 10.*

Tertiò adversatur *l. qui vas 48. in princ. ff. de furt. Ubi dominus impunè rem furtivam furi auferit.* Resp. Cum Cuiacio, quod hoc non intelligendum est de violenta ablatione, sed quod ibi legitimè & per auctoritatem iudicis dominus rem abstulit furi.

Quartò refragatur *l. ait præter 10. §. si debitorem ff. Quæ in frau. cred. Vbi dicitur, quod creditor potest propria auctoritate detinere debitorem fugientem, & pecuniam secum ferentem ab eo auferre.* Resp. Hoc casu excusatur qualis qualis vis creditoris, eò quod fugiente debitore periculum est

lum est in mora. Nam priusquam creditor posset adire magistratum, procul dubio fuga evasisset debitor. *Elegant. Cuiat. lib. Obs. 16. cap. 19.*

Quintò opponitur *l. 3. C. de pign.* vbi dicitur, quod creditores qui propria auctoritate pignus occupant, vim non faciunt. Resp. Sub distinct. Aut creditores propria auctoritate ingrediuntur possessionem pignoris volente debitore, & non resistente tempore ingressionis, & tunc vim non faciunt. Aut repugnante debitore tempore invasionis, eoque expulso ingrediuntur possessionem, & tunc vim faciunt. *l. in possessionem. C. Ad l. Iul. de vi.* Non obstat, quod liceat creditori propria auctoritate, seu per vim pignus occupare, quia hæc conventio tanquam bonis moribus contraria non est servanda. *l. 3. ff. Quod met. cau. l. nihil consensui 116. de R. I. l. 5. ff. de pact. dotal.* Ita respondet celeberrimus I Cus Donel. ad *l. 3. C. de pigno.*

Postremò putat Accur. licere creditori sine iudice pignus occupare ex pacto, idque omnes interpretes sequuntur. per *l. pen. C. de pign. act.* Quod erroneum est, ut traditur in *l. 3. C. de pign.* vbi dicitur, quod quamvis inter debitorem & creditorem convenit, ut liceat creditori propria auctoritate possessionem pignoris ingredi, tamen cum auctoritate magistratus id facere debet. Nec facit pro Accur. *d. l. penul.* nam ea accipienda est de conventionem, qua creditori possidenti pignus, concessa est à debitore facultas vendendi: quod pactum facit, ut debito soluto necesse non sit debitori pignus restituere, sed ut creditor possit pignus auferre, id est, alienare.

ASSERTIO LVII.

Si dolus dat causam contractui bonæ fidei, contractus est ipso iure nullus. In stricti autem iuris contractibus, sive dolus dat causam, sive incidit, contractus ipso iure subsistit, sed doli actione vel exceptione vindicatur.

IN bonæ fidei contractibus, quoties dolus dat causam contractui, hoc est, si doloso consilio ad contrahendum quis inducitur, qui aliàs non erat contracturus, non habet locum actio doli ad rescindendum contractum, sed contractus ipso iure nullus est. *l. & elegant. in princ. in verb. nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet, circumscriptus est. ff. de dolo. l. 3. ff. Pro soc. l. in causa. 2. §. 1. ff. de min.* Ratio est, quia talis contractus cum fundamento careat, scilicet bona fide, subsistere non potest: nihil enim tam contrarium est bonæ fidei, quam dolus. *d. l. 3.* In stricti iuris contracti-

contra ctibus, siue dolus det causam, siue incidat in contractum, contractus ipso iure subsistit, sed actione vel exceptione doli opus est ad dolum vindicandum. *l. dolo. C. de inut. stip. l. 22. & 36. de V. O. d. l. & eleganter. §. non solum.* Et hæc sententia, quod venditio, seu alius contractus bonæ fidei, cui dolus causam dedit, ipso iure nullus sit & irritus, iudicando comprobata est in suprema curia Mechliniensi Anno 1594. 1^a die Februarij in lite pendente inter Idam Enchusanam, & mercatorē quendam Spintium dictum. Ita pronuntiatum extat in decisionib. supremi Senatus Holland. & VVestfris. decis. 6.

Pugnat autem primò graviter cum hac thesi *l. si dolo. C. de resc. vend.* vbi venditio dolo extorta rescindi dicitur, ergo contractus ipso iure subsistebat, quia quod nullum est, rescissione non eget, *l. 1. l. nam etsi §. ff. de iniur. irr.* Resp. cum Cuiac. *ad d. l. & eleg. inter*, quòd contractus bonæ fidei, cui dolus dedit causam, non rescindatur actione doli, sed declaretur tantum nullus officio iudicis, & revocentur data & tradita per conditionem sine causa, seu rei vindicationem. *l. cum ab eo 41. §. ult. ff. de con. emp.* Ex nullo enim & inutiles contractus dominium non transfertur, licet transeat possessio. *l. 1. §. si vir. ff. de acq. poss.*

Secundò obstat *l. si res æstimata 12. §. 1. ff. de iu. dot.* vbi mulier, quæ fuit circumventa, ut servum doti daret, agit actione de dote servi nomine, vbi competit actio ex ipso contractu dotis dolo inito: ergo contractus valet. Resp. Mulier non fuit principaliter dolo inducta ut dotem daret, quia tunc contractus ipso iure nullus fuisset, sed fuit decepta in traditione, quam dotis causa fecit, seu in pretio servi in dotem dati, qui minoris æstimatus est, quam valebat.

Tertiò obijcitur, quòd contractus metu initus, non est ipso iure nullus, sed per actionem quod metus causa rescinditur. *l. 3. 4. 5. & 8. C. Quod met. caus.* Ergo & contractus, quibus dolus causam dedit, non sunt ipso iure nulli, quia in metu dolus inest. *l. item si cum 14. §. eum qui. ff. Quod met. caus.* Resp. In metu dolus inest: aliud tamen est metus, aliud dolus. Metu cogimur. *l. 2. ff. Quod met. caus.* dolo verò decipimur. *l. 1. ff. de dolo.* Præterea metus propalam infertur, dolus verò per insidias. Denique quod metu contractum est, id habet vtrinque consensum, quia coacta voluntas etiam voluntas est. *l. si metus 85. ff. de acqu. her. l. si mulier. §. pen. ff. Quod met. caus.* At, in dolo non inest consensus, quia aliud agitur, aliud simulatur. *l. 1. ff. de dolo.*

Postremò notandum, quòd si incidat dolus in contractum bonæ fidei, tunc actione ex ipso contractu, vel exceptione doli, quæ iudicijs bonæ fidei inest, dolus purgatur. Vtputa si dolo fiat, ut res pluris ematur, vel minoris vendatur, tunc perstabit contractus, sed agetur ex emto vel vendito, quanti

quanti pluris vel minoris res vendita vel emta fuisset, si dolus non inter-
venisset, d.l. & eleganter. §. non solum. l. si quis 9. ff. de dolo. l. Iulianus. §. si venditor.
& seq. ff. de act. emp. Baro ad tit. de societ.

verisat

Quartò obijcitur lex emto 11. §. si quis virginem. ff. de act. emp. vbi dicitur, si
quis virginem emere volenti, mulierem dolo vendidit, quam non emis-
set, si scivisset esse corruptam, quòd detur actio ex emto, ut resoluta con-
tractu pretium reddatur restituta muliere. Vnde videtur, contractum ven-
ditionis cui dolus causam dedit, valere; alioqui non daretur actio ex em-
to. Resp. Quòd venditor dolo non induxit emtorem ad emendum, sed
emtorem putavit errore se emisit virginem, & venditor in eo errore passus
est cum hærere, non autem affirmavit eam esse virginem. Dolus ergo hic
non vindicatur, sed error corrigitur resoluta emtione.

A S S E R T I O L V I I I .

Actio doli non habet locum, ubi alia superest.

PRÆTOR ita demum dat actionem de dolo, si alia actio non com-
petit, hoc est, si nullum aliud rei suæ conservandæ, aut recuperandæ
remedium superest, l. 1. §. verba. ff. de dol. ma. l. 2. C. eo. Est enim hæc
actio subsidiaria, quæ ita demum datur, si aliæ omnes actiones deficient.
l. & eleganter. in pr. ff. d. r. Ratio subiungitur in d. l. 1. quia non temerè de-
buit à Prætore tam famosa actio decerni.

Obijcitur primò l. item si cum 14. §. eum qui. ff. Quod met. caus. vbi dicitur
actionem quod metus causa, concurrere cum actione de dolo. Resp.
Quòd is qui metum intulit, possit quidem etiam actione de dolo conve-
niri, sed tamen humanius facturus est Prætore, si actionem de dolo non
decernat, vbi alia competit, quæ non est famosa. l. Divus. ff. de in int. rest. Ba-
ro ad d. §. eum qui.

Secundò vehemens est in hac quæstione pugna, inter l. arbitrio. §. si domi-
nus. ff. de dolo. & l. reperi. §. vlt. ff. Qu. mo. vsus. amit. In §. si dominus, asseritur, quòd
quando dominus proprietatis domum, cuius vsusfructus alteri legatus
est, demolitus est, vel incendit, non competat actio de dolo, quia dantur
aliæ actiones, scilicet actio legis Aquiliæ, vel ad exhibendum, si possidens
proprietary exussit. Sed in d. l. reperi. §. vlt. dicitur, si in area, cuius vsus-
fructus legatus est, dominus posuit ædificium, quòd detur actio doli.
Resp. Diversa sunt hæc, cum dominus proprietatis exussit ædes fructua-
rias, & cum ædificium in area fructuaria posuit. Ædibus exustis competit
fructuario actio l. Aquiliæ l. sed & si 12. ff. ad l. Aquil. Sed posito in area ædi-
ficio,

facio, non competit actio *l. Aquilia*, quia aræ damni nihil datum est, itaque ante traditionem ususfructus competit actio ex testamento, tradito verò aræ ususfructu, dabitur actio de dolo. *Gorean. lib. 1. Var. lect. c. 38.*

Cuiac. ad d. §. si dominus.

Tertiò adversatur *l. si heres 110. de leg. 1.* vbi traditur, quòd heres, qui servo in genere legato, sciens legatario tradidit servum furtis noxiisque adstrictum, quòd competat legatario actio de dolo. Atqui in eodem casu concurrat actio ex testamento. Si enim homo generaliter legatus sit, & heres dedit servum furtis obnoxium, conveniri potest actione ex testamento ob evictionem, quòd dederit talem servum, quem habere non liceat, qui poterit legatario auferri ex causa noxali. *l. si à substituto 45. §. 1. l. si domus 71. §. 1. de leg. 1. l. heres servum 58. ff. de evict.* Resp. Quòd dicit Africanus in *d. l. heres*, teneri heredem, qui sciens legatario furem præstitit, actione de dolo, in eo postea se ipsum corrigit, & ait potius esse, ut competat actio in factum, vel ex testamento. Non igitur dabitur actio doli, quæ est subsidia-ria: sufficit enim actio ex testamento, qua legatarius agit contra heredem, ac si nihil dedisset, ut alium frugi & probum servum præstet, quem habere liceat, & furem quem dederat ex legati causa, pro noxæ deditio- ne relinquat. Ita notat eleganter *Cuiac. ad d. l. si heres. in tract. ad African.*

Quartò adversatur *l. 1. C. de dolo.* vbi dicitur, si fideiussor emit à creditore pignora, quòd ea oblato omni debito, vna cum fructibus debitori restituere cogatur per actionem de dolo, cum tamen eo nomine competat actio mandati. *l. si mandato Titij 59. §. 1. ff. Manda.* Resp. Hoc non est intelligendum de prætoriam actione de dolo, quæ subsidia-ria est actio, sed de mandati actione, cui ut omnibus bonæ fidei iudicijs, doli & dolus vindicatur actio inest. In directis enim bonæ fidei actionibus agitur de fide rupta clausula, vel doli actio. *l. ei apud quem. ff. de pos. l. ad comparandas. C. Manda.*

Quintò pugnat *l. rei quam venalem 33. ff. de dolo.* vbi dicitur, quòd qui lite alicui mora, eripuit ei vendendi occasionem, tenetur actione in factum, cum tamen eo casu actioni de dolo locus esse videatur, propter commissum dolum. Resp. Competit eo casu actio de dolo, si appareat id callidè factum: si verò dolus absit, datur actio in factum de indemnitate. *Cuiac. ad d. l. 33.*

Sexto ex contractu innominato facio ut des, competit actio doli. ut probatur in *l. 5. §. quod si faciam. ff. de pres. ver. & l. cum proponas. C. de dolo.* Verum huic sententiæ è diametro repugnant *l. solent 15. ff. de pres. ver. & l. cum mora. C. de trans.* vbi traditur quòd ex contractu facio ut des, detur actio præscriptis verbis. Ad *l. solent*, respondetur, Quod ibi dicitur, dari actionem præscriptis verbis, mox in sequentibus verbis corrigitur, dum sub-

K

iungit

iungit I.C. nisi si quis in hac specie competere de dolo actionem dicat. Hæc particula NISI corrigit, ut & in *l. si mihi pure de leg. 2*. Ita notat Cuiac. ad *l. 7. ff. de pact. All. cum nota*, respondetur, quod ibi initus fuit contractus, do ut facias : hac scilicet formula, do tibi partem bonorum ut à lite discedas.

Septimò si debitor à creditore deceptus est, ut cum liberet, de dolo actio est, *l. 1. §. pen. ff. de dolo. l. 4. l. sub pretext. C. de transf.* Sed obijcitur, quod etiam in hac specie datur conditio causa dati, causa non secuta, & actio præscriptis verbis, *l. si quis accepto. ff. de cond. caus. dat. l. si ob eam. ff. de pres. ver. Resp.* His actionibus locus est, cum debitor certa lege liberatus, postea fidem fallit. Actione de dolo experimur, cum in extorquenda liberatione debitor creditorem fefellit.

Octavò & ultimò si dolo adversarij dies actionis exierit, de dolo agitur. *l. 1. §. idem Pomponius ff. de dolo.* Sed obstat *l. ait Prator, §. vlt. & l. seq. ff. Ex qu. caus. maio.* quæ videtur hoc casu actori in integrum restitutionem dare. Resp. Ibi restitutio contra eum datur, qui id facit, ne omnino secum agi posset. Potest autem quis secum agendi potestatem facere, & tamen ludificationibus, dolosisque persuasionibus id efficere, ut dies actionis prætereat, ut si falsò persuadeat heredi, diem nondum in eo esse, ut brevi exiturus sit.

ASSERTIO LIX.

*Universitas seu Respub. ex delicto obligari
& conveniri potest.*

ETIAM universitas delinquere, & ex delicto conveniri potest. Sic potest populus, civitas, vel collegium, metum vel iniuriam alicui inferre, si scilicet conventu habito vim fecerit. *l. metum 9. §. 1. ff. Quod met. caus.* Licet enim universitas per se considerata sit fictum & imaginarium quoddam corpus, quod neque animam neque intellectum habet, ideoque consentire & delinquere non posse videatur, per *l. 1. ff. de libert. univer. l. 1. §. vlt. ff. de acq. poss.* tamen eo non obstante in multis legibus affirmatur, universitatem delinquere. *d. l. 9. §. 1. Auth. item nulla. C. de epis. & cler.* Similiter & per eos quibus summa Reipub. commissa est, ut sunt decuriones, syndici, omnia agere potest civitas, unde & per eos delinquere intelligitur. *l. municipes. 14. ff. ad Munic. l. 1. in fi. & l. seq. ff. ad Munic.* Tum demum autem universitas ex delicto tenetur, quando communicato consilio, & præcedente deliberatione, vel ipsi rectores universitatis, vel maior pars populi

populi delinquit. Quod enim maior pars publicè facit, per vniverfos factum censetur. *l. alind §. refertur. ff. de R.I.*

Sed obiicitur *l. sed ex dolo. 15. §. 1. ff. de dolo.* vbi dicitur, in municipes non dari actionem de dolo, & additur ratio, quia municipes nihil dolo facere possunt. Hæc antinomia hoc modo conciliari potest. Aut vniversitas, vel maior pars civitatis deliquit communicato consilio, vel præcedente conuocatione populi, & tunc vniversitas ipsa ex delicto tenetur. Ita accipienda est *d. l. metum. §. 1. ff. Quod met. cau. fa. l. semper. §. si in sepulchro. ff. Quod vi aut lam.* Aut pars aliqua populi sine communicatione consilij, & præcedente conuocatione deliquit, & tunc vniversitas non obligatur ex delicto: quia non vniversitas, sed particulares aliquot cives proprio motu deliquisse censentur. *d. l. sed ex dolo. §. 1. & ibi Glos.* Idèdque personæ delinquentes, non vniversitas puniri debet. arg. *l. sicut §. 1. vbi ita distinguunt Bart. & Castren. ff. Quod cui. vni. no. Approbat Mins. cent. 4. Obs. 78. & 79. Bart. in l. aut facta. §. 1. ff. de pæn.* vbi notat, tum demum vniversitatem delinquere ac puniri, si singulorum ac vniverforum deliberatio antecedit. *Vide Gomez. in Var. resol. tomo 3. c. 1. nu. 52. & 53.* Et hæc distinctio in praxi, vsuque forensi, recepta est, & ab interpretibus communiter approbata. *Mins. d. cent. 4. Obs. 78. & 79. per totum.*

ASSERTIO LX.

*Minore restituto in integrum, fideiussores
non sunt restituendi.*

IN hac quæstione, An minore xxv. annis restituto in integrum, fideiussores sint restituendi, ita est distinguendum. Aut minor deceptus est dolo adversarij; & tunc fideiussoribus eius auxilium restitutionis datur. Aut minor circumscriptus est re ipsa, hoc est, lubrico ætatis; & tunc beneficium restitutionis non competit fideiussoribus. *l. 2. C. de fideiuss. min. l. exceptiones. 7. ff. de excep.*

Opponitur *l. si Titius & Seia. 48. ff. de fideiuss.* Vbi dicitur, quòd si quis vnà cum minore fideiussit, & minor restituatur in integrum, quòd restitutio profit confideiussori maiori, eo quòd in partem tantum teneatur. Quod si restitutio illi non prodesset, in solidum obligaretur, quia regulariter qui cum alio fideiubet, à quo exigì nihil potest, tenetur in solidum. *d. l. si Titius, in princ. §. si plures. Inst. de fideiuss.* Resp. Ideo fideiussor qui cum minore fideiussit, tenetur pro parte, quia ignoravit illius ætatem. Quod si sciuit cum minorem esse, restitutio minoris ei non prodest: quemadmodum

K 2

dicitur

dicitur in eadem l. si quis pro alio cum muliere fideiubeat, quòd muliere ab intercessione liberata, ipse teneatur in solidum, quia scivit eam esse mulierem, & pro alio non posse fideiubere, *Cuiac. lib. Obs. 10. c. 23.*

Secundò obijcitur *l. minor. 51. ff. de procu.* vbi dicitur, quòd si minor xxv. annis pro alio intervenit defensor in iudicio, & restituatur in integrum, quòd fideiussoribus eius quoque subveniatur. Resp. Idèd ibi minore restituto succurritur fideiussoribus, quia adversarius alium habet, in quem transferre possit iudicium: potest enim actor contra reum, pro quo minor intervenit defensor, ius suum salvum habere. Sed contra solutionem rursus opponitur. Fieri potest, vt iste principalis debitor, pro quo minor defensor extitit, non sit solvendo, & sic salva non erit actori contra eum actio. Resp. Idèd fideiussores in hoc casu restituuntur in integrum, quia fideiubent pro minore, sub certæ personæ qualitate, hoc est, quatenus minor est defensor alienæ litis. Atqui minor per restitutionem in integrum eam personam deponit. Ergo & fideiussores qui pro eo tanquam defensore intervenerunt, liberantur.

Tertiò obijcitur *l. si pupillus. 89. ff. de acq. her.* vbi dicitur, si pupillus se hereditate abstineat, succurri & fideiussoribus eius. Resp. Idèd succurritur fideiussoribus pupilli, cùm pupillus se abstinuit à paterna hereditate, quia ipso iure pupilli abstinent hereditate paterna, absque petitione restitutionis in integrum. Vnde quia pupillus post abstentionem ipso iure non est obligatus, ne fideiussores eius tenentur. *l. 11. 12. & 57. ff. de acq. her.*

Quarto obijcitur, quod sublata obligatione principali, tollitur & fideiussoria tanquam accessoria. *l. cum principalis 187. ff. de R. I.* Ergo cùm obligatio principalis extinguitur per restitutionem in integrum, tollitur & fideiussoria. Resp. Per restitutionem in integrum non tollitur planè obligatio principalis, sed exceptio quædam personalis contra eam minori conceditur, ratione ætatis: quod beneficium cùm sit personale, non extenditur ad fideiussores. *d. l. exceptiones.* Ita tradunt *Cuiacius ad l. 3. & 13. ff. de minor. Gomezus libro 2. varia. resolut. c. 14. nu. 6. & 9.*

A S S E R T I O L X I.

*Liberi & liberti non restituuntur in integrum contra
parentes & patronos.*

NEQUE liberis aduersus patrem, neque libertis contra patronum datur restitutio in integrum, si quid cum iis parentes vel patroni contraxerint, in quibus se læsos sua imbecillitate, & lubrico ætatis circumventos

cum ventos dicant. tex. est in *l. ult. C. Qui & adu. qu. in int. rest.* Ratio est, quia quodammodo suggillari pudor & opinio parentum videtur, contra quos postulatur restitutio. Honestius verò & melius est, æqui bonique consilere adolescentem damnum quod fecit, quàm retractare, quod cum his personis gestum est, in quas etiam fraudis suspicio non cadit.

Aduersatur maximè huic enunciato. *l. 11. ff. de dolo. & l. si superstiti §. C. eo* ubi traditur, quod si filii immodicè læsi sunt fraude parentum, quod actio in factum liberis contra parentes detur, qua restituuntur contra eorum circumscriptionem. Resp. sub distinctione. Aut restitui se petunt liberi ex ea parte edicti, quæ doli nomine datur; & hoc casu propter dolum à parentibus admissum datur liberis actio in factum contra parentes, ne dolus illis sit in lucro. Aut liberi petunt se restitui ratione ætatis: & hæc restitutio non datur contra parentes, quasi in liberorum rebus non sint ritè versati.

Secundo obicitur. *l. 3. §. ergo. & l. patri 27. §. ult. ff. de min.* ubi filii minores 25. annis restituuntur in integrum contra parentes, ratione ætatis. Resp. Hoc procedit iure veteri, quod Justin. abrogauit, per *d. l. ult.* quæ una est ex 50. decisionibus, quæ insertæ sunt Codici post primam eius editionem, cuiusmodi pleræque antiquo iuri derogant, *Duaren. ad. d. l. ult.*

Tertiò opponitur *l. 2. C. Si adu. rem ind.* Vbi in causâ patriæ potestatis filius damnatus restituitur contra patrem. Resp. vt in præcedenti casu, quod derogatur huic legi per *d. l. ult. eo* quod *d. l. ult.* inter veteres dubitatum esse de hac quæstione proponat, & Imp. certum & indubitatum ius se definire asserat.

Quartò repugnat assertioni *l. 2. C. Si adu. dona.* ubi filio emancipato cui pater res mobiles donauerat, & deinde res sibi donatas patri in alium transferenti, inconsulta ætatis facilitate consenserat, datur restitutio in integrum. Resp. quòd non detur restitutio contra patrem, sed contra tertium, in quem pater res prius filio donatas transtulit. Ita notat *Accur. in d. l. 2.* Postremò notandum, quòd ex No. 155. vno adhuc casu liberis detur restitutio in integrum contra parentes, quando videlicet mater tutrix est liberorum, & postea transit ad secundas nuptias: tunc enim aduersus eam competit liberis restitutio, si malè sit in tutela versata.

K 3

ASSER.

A S S E R T I O L X I I.

*Minor xxv. annis, ob iuramentum contractui appositum,
priuatur restitutione in integrum.*

C E S S A T beneficium restitutionis in integrum, si minor contractum iureiurando confirmauit: non enim potest minor quod gessit cum aliquo, retractare, si id iureiurando comprobauit. Ratio est, ne leges perfidiae, & periurio ansam præbeant. *l. 1. & Auth. seq. C. Si adu. vend.*

Quinque huic enunciato aduersantur. Primò grauitèr obstat *l. non dubium. C. de legib.* ubi dicitur, quoties quid lege prohibetur, tunc omne pactum, omnis contractus, omneque iuramentum contra eam legem interpositum; nullius est momenti. Ergo contractus cum minore initus, si ei damnosus sit, iuramento confirmari non potest. Breuiter ita distinguendum est cum *Bart. in d. Auth.* Aut iuramentum interponitur à minore super contractu, qui nullus est iure communi tam inter minores quàm maiores: & hic contractus iureiurando minoris non confirmatur. Vt puta si minor infra dimidium iusti precij rem suam vendidit, & iuratus contraxit, tunc nihilominus restituetur. Ratio est, quia iuramentum efficit, vt minor habeatur pro maiore. At maior hanc venditionem ratione immodicæ læsionis potest rescindere: ergo & minor iuratus poterit restitui, nisi specialiter promisit se ratione immoderati precij non contradicendum. Aut iuramentum accessit contractui, qui iure communi nullus est inter minores, valet tamen inter maiores, & tunc si iuramento minor contractum confirmauit, restitui nequit. Vt puta si minor prædia sua vendidit sine decreto iudicis, & iureiurando venditionem comprobauit, & hic contractus iureiurando confirmatur, & contra eum minor restitui nequit, quia iuramentum facit eum ex minore maiorem, atqui inter maiores hæc venditio prædiorum valeret. *tex. est in d. l. 1. C. Si adu. vend.* Ita tradunt *Iaco. de Belui. ad tit. de pace iuram. firm. §. item sacramenta. In vsib. feud. Pinel. ad l. 2. C. de resc. vend. par. 3. c. 2.*

Secundò aduersatur *l. vlt. C. de non nu. pec.* ubi deciditur, quòd si debitor in chirographo confessus est se mutuo accepisse pecuniam, & promisit se illam redditurum, iuramento interueniente, quòd nihilominus debitori competat exceptio non numeratæ pecuniæ. Resp. Ideò ibi competit debitori iurato prædicta exceptio, quia principalis obligatio literarum tacitam illam in se habet conditionem, si creditor pecuniam numerauit: ergo & iuramentum huic contractui appositum sub eadem conditione accipiendum

ciendum est, quia iuramentum intelligitur secundum contractus naturam, cui apponitur *c. veniens. & c. quemadmodum. ex. de iur. iur.*

Tertio opponitur, quod iuri quod quis ignorat sibi competere, nemo videtur renuntiare. *l. mater 19. ff. de iuss. test.* Sed minor praesumitur ignorare beneficium restitutionis sibi competens, quia aetatis infirmitas ingerit eis ignorantiam iuris. *l. regula. ff. de iur. & fac. ign.* Ergo propter iniurandum minor non amittit beneficium restitutionis de quo non cogitavit; quia iuramentum non extenditur ad ea, de quibus non est cogitatum. *l. vii. ff. Qui falsif. cog.* Resp. In hoc casu propter ignorantiam iuris non subuenitur minori, ne legillatores videantur periurii auctores esse, ideoque propter summam iurisiurandi auctoritatem minori iurato contrahenti denegatur restitutio.

Quarto obiicitur *l. si ex falsis. C. de trans.* vbi contra transactionem iuram tam quis restituitur. Resp. Propterea transactio iurata ibi rescinditur, quia interuenit dolus aduersarii, qui falsis instrumentis decepit alterum, vt cum eo transigeret.

Postremo repugnat *l. nam posteaquam. §. si minor. ff. de iure iur.* vbi minor xxv. annis restituitur aduersus delatum iuramentum. Resp. Istic minor ipse non iurauit, sed detulit alteri iusiurandum; in quo si captus est, ei succurritur, quia ibi non committitur periurium a minore. Ad extremum aduersatur *l. i. C. Si aduer. vend.* vbi Imp. Alexander dicit ideo contractus minorum esse seruandos, ne Imp. auctor sit perfidia & periurii. Quod & locum habet in contractibus ipso iure invalidis. Resp. Nullum est periurium, vbi nullum iusiurandum praecessit. At verò quia hic iusiurandum intercessit contra leges, hoc pro nullo & infecto habetur. Ab hac sententia videtur aliquo modo dissentire. *Fachin. lib. 3. c. contr. c. 11. & 14.* vbi statuit posse minorem graviter laesum, in integrum restitui aduersus contractum iuramento confirmatum, & a iuramento absolvi.

ASSERTIO LXIII.

*A sententia arbitri, sine pœna facto compromisso,
hodie non appellatur.*

QUÆSITVM est ab interpretibus, An eo casu, quo ex sententia arbitri oritur actio & exceptio, hoc est, à laudo arbitri sine pœna & nudo pacto assumpti liceat appellare? Cuius quaestionis veritas vt melius elucescat, sciendum est quæ olim sententiæ arbitri, tum quæ hodie sit vis & potestas. Olim nulla fuit virtus & potestas sententiæ arbitri, neque vlla

que vlla datur ex ea actio vel exceptio iudicati, qua ad executionem sententiæ victus cogi poterat: neque reo etiam vlla datur potestas, supplicandi, appellandi, seu ad arbitrium viri boni reducendi laudum, si nudo pacto esset electus arbiter, neque pœna compromissio erat adiecta. *l. 2. l. diem. §. si. ff. de arbit. l. 1. l. cum antea. C. eod. in verb.* si pro actore calculus proponeretur, nihil ex eo procedere præsidii. Quod si pœna adiecta erat compromisso, pœnæ petitio supererat victori, non autem agi poterat, ut sententiæ præcisè staretur. *Auth. decernit. C. eo. d. l. 2.* Si verò per stipulationem erat compromissum initum, sine pœnæ adiectione, tunc sufficebat actio ex stipulatu ad interesse. *d. l. diem. §. fin.* & sic timore interesse, sicut & metu pœnæ parebatur sententiæ arbitri. Hodie sancitum est constitutione Justin. *in l. cum antea. C. de arbit.* ut si simplici pacto sine pœna initum sit compromissum, atque sententia arbitri ab utraque parte subscripta & homologata, vel tacitè lapsu decem dierum sit roborata (ut puta quod neutra partium intera sententiæ contradixerit) tunc ex sententia arbitri & actori in factum actio, & reo exceptio comperat, sententiæque executioni mandetur. Hoc ergo casu an liceat appellare à sententia arbitri quæritur? Bartolus nouam tenens opinionem asserit appellari licere, *in d. l. 1.* Sed verior & crebrior est sententia, ex compromisso nudo pacto & sine pœna inito, appellationi locum non esse. *Bald. Salic. & Angel. in d. l. 1.* quos laudat & sequitur *Mins. cent. 4. Obs. 68. Baro ad l. sed etsi 9. ff. de arbit.* eaque communis est & approbata DD. opinio, teste *Vinio lib. 2. com. opi. litera A.* Ideò autem à sententia arbitri non potest prouocari, quia ante decem dies ad agendum sententia est inefficax, omnisque actio & executio cessat, ideoque frustra ab ea appellatur: post verò appellari non potest, quia tempora interponendæ appellationis iam exierunt. *Auth. hodie. C. de appel. Gl. in d. l. 1. & plenè in l. arbitrio ff. Qui satis. cog.* Adde quòd generaliter *Imp. in d. l. 1. & antecum l. C. in l. 32. §. cum quidam. ff. de arbit.* dicant, à sententia arbitri appellari non posse: quod cum correctum non sit, cur stare prohibeatur, nulla est ratio.

Non obstat assertioni *l. arbitro. ff. Qui satis. cog.* ex qua colligitur, ab arbitri sententia appellari licere. Respondendum enim, quod ibi arbitri iussu iudicis à litigatoribus eliguntur, ideoque ab eorum arbitrio, uti à pedaneorum sententiis rectè appellatur, *l. ex consensu. ff. de appel.* Diuersum est in arbitris compromissariis, qui sine iudice à partibus eliguntur, quorum arbitrio necessariò nō statur, nisi homologetur. *l. 1. l. ne in arbitris. C. de arbit.* Ita est communis opinio contra Bart. teste *Mins. d. loco.* Illud singulariter notandum, quòd si manifesta est iniquitas in sententia arbitri, tunc decepto exceptio doli datur contra sententiam, quæ impedit laudum executioni mandari etiam post decem dies. *d. §. cum quidam. VVesem. in parat. de arbit. in fi.*

ASSER-

ASSERTIO LXIV.

Illiterati & iuris imperiti iudices esse non possunt.

MAGNA in iudice requiritur sapientia & eruditio, quia cum æqui & iniqui sit arbiter, iusti atque iniusti disceptator: certè si hic leges, sacras constitutiones, & consuetudines, iuxta quas iudicare tenetur, ignoret, & aliunde rectè iudicandi formulam emendicare cogatur, gravem profectò iacturam, maximamque labem Reipub. adferet. §. 1. No. 82. de iudic. Vnde nemo probè iudicandi officio fungi potest, qui imperitus est seu expers literarum, seu qui pingere literas, vel legere nescit, hoc est enim literas ignorare. l. 3. §. item subscribere ff. de accus. Confirmat hanc decisionem imprimis, quod legibus salubriter proditum est, ne iudex aliter iudicet, quàm legibus scriptis, & moribus cautum est. §. 1. Inst. de off. iud. Auth. iubemus. C. de iudic. quam iudicandi regulam exequi non potest, qui planè indoctus est, & rudis literarum. Secundò confirmatur hæc sententia ex eo, quòd iudex qui contra leges & constitutiones pronuntiat, litem suam facit, teneturque parti læsæ in veram æstimationem litis, si id dolo faciat: vel si per imperitiam, in id quod religioni iudicis æquum & bonum videbitur, l. filiusfa. ff. de iudic. l. ult. ff. de va. & ext. cog. Ideoque legum scientiam iudex callere debet. Tertiò hanc decisionem comprobant Imp. Iustinia. in l. rem non novam 12. C. de iudic. dum inquit. Cui enim non est cognitum antiquos iudices non aliter iudicalem calculum accepisse, nisi prius sacramentum præstitissent, omnimodò sese cum veritate & legum observatione iudicaturos.

Opponitur l. certi iuris. C. de iudic. ex qua l. colligunt DD. illiteratos posse iudices esse, modò causarum peritiam ex diuturna experientia habeant. Resp. Hoc ex ea l. inferri non potest, quæ concedit militaribus hominibus iudicandi facultatem, modò vsum & peritiam rei controversæ habeant. Non enim imperitis, ut vulgò creditur, iudicandi potestas ibi concessa est, quia tex. in d. l. certi, repugnat, dum ait, pro sui & legis scientia finem altercationibus imponant. Duo ergò in iudice lex illa expressè requirit, primò ut negotij peritiam habeat, deinde ut pro legis scientia causam dirimat. Quod autem dicitur, quòd iudices periti literarum esse debeant, de iudicibus datis vel pedaneis est accipiendum; non de magistratibus, seu ordinarijs iudicibus. Magistratus enim plerunque erant viri militares legum ignari, & ipsi non iudicabant, sed litigantibus iudices certos dabant. Itaque in magistratibus non requirebatur peritia iuris, quia affe-

L

forum

princeps concedendo ei magistratum, omnia ab eo facta valere decrevit.

Secundo opponitur *l. 2. de Reipub. 8. ff. de mun. & hon. & l. non an un. ff. de auct.* quibus dicitur, minorem xxv. annis decurionem creari non posse, & ad Reipub. administrationem inutiliter adhiberi. Resp. Decurio est senator municipij, custos gubernatorque civitatis, & præter suffragium quod præbet in consilio, habet curam administrationemque bonorum civitatis. Reipub. autem bona adolescentibus minoribus 25. annis committi est periculosum, cum ne proprii quidem patrimonij administrationi censeantur idonei. *l. 1. ff. de min.* Illud denique notandum, maiorem aetatem requiri in arbitro compromissario, quam iudice dato: nam arbiter debet esse maior xx. annorum. *d. l. cum lege.* vbi dicitur non valere laudum latum ab arbitro minore xx. annis, & ex eo pœnam non committi. Ratio diversitatis est, quia gravius subest periculum in sententia arbitri compromissarii, quam iudicis: sententia enim iudicis multis remedijs potest corrigi, puta appellatione, supplicatione, & recusatione; arbitri verò sententia sola pœnæ solutione potest evitari, neque ab arbitri sententia potest appellari. *l. 1. C. de recep. arbit.* Igitur maior ætas requiritur in arbitro, compromissario, quam iudice delegato ne partes incidant in promptum periculum, propter ignorantiam arbitratorum. *Gl. in c. cum vicesimum, ex. de pot. & off. deleg.* Denique sciendum, quòd d. l. quidam, non sit accipienda de arbitris compromissarijs, sed de iudicibus delegatis, consentientibus litigatoribus à magistratu datis. *Vvesem. in parat. C. de arbit.*

A S S E R T I O LXVI.

*Ordinarius iudex iure civili recusari non potest, licet
diversum in delegato obtineat.*

C O N T R O V E R S I A fuit inter Martinum ac Bulgarum de recusatione iudicis ordinarij. Martinus voluit ordinarium æquè vt delegatum recusari posse. Bulgarus statuit, quòd ordinarius iudex tanquam suspectus recusari non possit, vt videlicet penitus removeatur; sed tamen alium sibi adiungi pati cogetur: eaque communis est & recepta DD. sententia. Probatur hæc conclusio apertè ex No. 86. quæ nominatim statuit, præsidem, qui est ordinarius magistratus, non repudiari vt suspectum, sed alium ei adiungi, licet Auth. si verò C. de iudic. generaliter loquatur: sed ea Auth. ex d. No. 86. mutilatè est decerpta. Idem probatur ex No. de exhib. reis. §. sed & illud. vbi dicitur, quòd reus possit suspectum iudicem recusare, vel alium petere ei associari, vt primum quidem ad iudicem dele-

gatum, secundum *l. apertissimi. C. de iudic.* postremum verò ad Ordinarium referatur. *ex d. No. 86.*

Obijcitur, quòd Prætor potest vnam causam mandare alteri, si iustam causam suspicionis pars adversa alleget; quòd scilicet Prætor in eadem causa advocatus fuerit ante susceptum magistratus officium. *l. prator. ff. de iurisd.* Vnde videtur ordinarius iudex, qualis est Prætor, recusari posse. Resp. Quòd ibi prohibetur iudicare Ordinarius, non removetur tanquam suspectus, sed quia duo contraria in eandem personam concurrere non possunt, fungi videlicet advocati, & iudicis officio. *l. vii. C. de ass. ut rectè explicat Gl. in d. l. apertissimi.*

Secundò obijcitur *l. nemo. C. de iurisd.* ex qua argumento à contrario sensu desumpto, colligitur, quòd ordinariæ sedis cognitio ante litem contestatam, per recusationem iudicis suspecti possit declinari. Resp. argumentum à contrario sensu non valere, quoties existit absurdus intellectus, aut iuri contrarius. Præses Euer. in topic. in loco à contrario sensu. Itaque illa *l.* accipienda est in alijs fori exceptionibus; puta litis pendentiæ, prorogatæ iurisdictionis, incompetentiæ iudicis, & alijs similibus; quòd scilicet illæ exceptiones fori declinatoriæ ante litem contestatam sint proponendæ.

Tertiò vehementer obstat *Auth. & consequenter. C. de sent. & interlo. om. iud.* vbi simpliciter & generaliter dicitur, quòd reus apud eundem iudicem actorem debet reconvenire, nisi eum ante litem contestatam recuset, quam *Auth.* in ordinario iudice loqui existimat Zazius. Resp. cum *Gl.* quòd prima pars *Auth.* in ordinario procedat, quoad articulum reconventionis, posterius verò membrum intelligendum in iudice delegato. *ex Auth. offeratur. C. de lit. contest.* ex qua supplendum est, quod deest *d. Auth. & consequenter.* Vbi dicitur, reo permitti inducias ad deliberandum, vtrum petat alium iudicem associari, an verò repudiet eum, singula singulis referendo. Vt prius, quod dicitur de alio iudice associando, referatur ad iudicem Ordinarium, posterius verò, quod de recusando seu repudiando iudice scilicet suspecto additur, hoc referatur ad iudicem delegatum.

ASSER-

ASSERTIO LXVII.

Iudicium de re pendenti aut futura institui non potest.

PROBATVR hæc assertio in *l. non potest 23. & l. non quemadmodum 35. ff. de iudic.* Sic non potest petere actor, quod sibi debetur sub conditione quæ nondum extat, sed adhuc futura speratur. Non enim potest actor intentionem suam fundare ex iure, quod ei post litem contestatam supervenit, ideoque alia interpretatione opus est. *d. l. non potest.*

Obijcitur *l. si autem 27. §. 1. ff. de rei vent. l. 4. & 41. ff. de pet. her.* ubi in iudicium veniunt etiam ea, quæ reus cœpit possidere post litem contestatam. Resp. Prædicta assertio intelligenda est, quando supervenit ius novum ex parte actoris, post litem contestatam, hoc enim ad impetrandam condemnationem contra reum non proficit: secus si ex parte rei quid evenit, nam hoc sufficit ad condemnationem. Ratio est, quia actor meretur petitionem suam ex iure suo, non ex iure adversarij. *l. 1. §. 1. ff. Si pars her. per.*

Secundò pugnat *l. si rem. §. ult. cum l. se 1. ff. de pig. act.* Vbi debitor qui non soluto debito ineptè pignus à creditore repetierat, pendente iudicio offerendo debitum, confirmat sibi actionem pignoratitiam. Resp. Ibi supervenit ius novum ex causa præterita, id est, ex obligatione pignoris præcedente iudicium.

Ultimò obijcitur *l. in lege 40. ff. Ad l. Aquil.* ubi cum quidam delevisset chirographum, ex quo pecunia mihi debebatur sub conditione, datur mihi contra delentem actio legis Aquiliæ, & sic actio comperit de obligatione futura, antequam conditio sit impleta. Resp. Competit actio legis Aquiliæ ob deletionem præsentem, non autem indistinctè agitur lege Aquilia, sed ita demum, si metus sit, ne testes quibus chirographum probari possit, fortè moriantur, vel longè futuri sint absentes, & ita qui delevit, interim rectè damnatur, sed tamen exactio debiti differtur in eventum conditionis. Possunt enim testes ante acceptum iudicium etiam ad æternam rei memoriam examinari, si de morte vel absentia eorum probabiliter timetur. c. quoniam frequenter. ex. *Vt lit. non contest. Costal. in d. l. in lege.*

A S S E R T I O L X V I I I .

Legati non possunt conveniri in loco legationis, ex contractu antea ibi inito.

L E G A T I si in loco legationis ante legationem contraxerint, non possunt ibi tempore legationis conveniri; sed privilegium habent revocandi domum, id est, possunt petere, ut causa ad locum, in quo habent domicilium, remittatur. *l. 2. §. legatis. & §. seq. ff. de iudic.* Ratio est, ne à legationis officio, quod Reipub. causa suscipitur, privatis negotijs & litibus avocentur, & ita impediatur legatio. Quòd si verò in ipsa legatione contraxerint, hoc privilegium non habent, quia sibi imputare debent, quòd sua sponte sibi hanc obligationem iniunxerint. *l. non alias 24. l. interdum 36. §. si. l. cum furiosus 39. §. 1. ff. de iudic.*

Sed in hoc articulo pugnat *l. 8. ff. de iudic. cum l. eum qui. §. Iulianus. ff. de const. pec.* In §. Iulianus dicitur, si legatus in legatione constituit se Romæ soluturum, id quod in provincia debebat, quòd sic obligetur, ut ius revocandi domum amittat.

Contrarium in *d. l. 8.* statuitur, ubi dicitur, quòd si quis constituerit in legatione, quod ante legationem debebat, non cogi cum ibi iudicium pati. Resp. ex communi DD. sententia, quòd in *d. §. Iulianus*, nominatim actum intelligatur inter contrahentes, ut in loco legationis, Romæ puta, solveretur. Idque probant sequentia Vlpiani verba adversativè concepta, dum ait: Sed si non cum Romæ esset, sed adhuc in provincia, constituit se Romæ soluturum. Quæ verba indicant etiam præcedenti casu actum esse, ut Romæ solveretur. *Costal. ad d. §. Iulianus.* Itaque distinguendi sunt tres casus. Aut legatus Romæ constituit se Romæ soluturum, quod in provincia contraxit; & tunc Romæ conveniri potest. Aut legatus in provincia constituit se Romæ soluturum; & Romæ legationis tempore conveniri non potest, alio tempore potest. Aut Romæ se constituit soluturum simpliciter, non adiecto loco, quod scilicet in provincia contraxit; & tunc Romæ conveniri non potest, quia principaliter Romæ non contraxit, sed in provincia: atqui constitutum semper imitatur causam & originem prioris & veteris contractus. *l. qui id quod. 34. ff. de don. Cuiac. lib. Obs. 13. c. 17.* Comprobat hanc sententiam Nicolaus Genoa in *conciliat. legum pugnantium. conciliat. 29.* ubi me una cum Cuiacio laudat huius sententiæ & distinctionis auctorem.

A S S E R T I O

ASSERTIO LXIX.

Vbi acceptum est semel iudicium, ibi & finem accipere debet.

VBI acceptum est iudicium, id est, vbi lis contestata est, ibi & finem accipere debet. Unde emergente nouo priuilegio post inchoatum iudicium, aliò evocari aut deduci negotium, de quo agitur, nequit. *l.vbi. 30. ff. de iudic.* Itaque si quis post litem contestatam factus est aliterius fori, vt si fortè sit miles, clericus, vel scholasticus effectus, qui non possunt conueniri nisi in certo foro, non potest prætextu superuenientis priuilegij mutare forum, aut causam à iudicio, in quo lis cœpta est, auocare. Imò qui in jus vocatus est, nedum litem contestatus est, obuiente dignitate aut militia non potest mutare forum. Præuentio enim seu inchoatio cognitionis impedit mutationē fori. *l.pen. ff. de iurisd. l. si posteaquam. 7. ff. de iudic.*

Quatuor huic sententiæ obstant. Primò *l. qui autem 12. ff. si qu. caut. iud. qst.* vbi dicitur, quòd qui nouo priuilegio vtitur in lite, non videtur in eadem casu sisti à fideiussoribus. Ergò post cœptum iudicium licet nouo priuilegio vti, & per consequens mutare siue declinare forum. Resp. Hæc consequentia non est firma. Potest quis nouo priuilegio vti, vtputa si debitor impetrauit inducias quinquennij à principe. *l. 2. & l. vniuersa. C. de prec. Imp. off.* At iudicio semel accepto non licet nouo priuilegio fori vti.

Secundò obijcitur. *l. 3. §. adeò. C. Vbi Senat. vel clariss.* vbi de delictis à Senatoribus commissis, potestas cognoscendi permittitur tantum sacro cognitori Principis; sed ius definiendi & pronuntiandi soli Principi datur. Hoc jus specialiter conceditur illustribus personis favore dignitatis, vt licet de eorum delictis alij iudices cognoscant, tamen soli Principi ultio & animaduersio in eas personas concedatur.

Tertiò aduersatur *l. solent 6. in princ. ff. de off. procon.* vbi legatus proconsulis cognoscit de criminibus, sed non pronuntiat. Resp. Hoc speciali quoque jure constitutum est, quòd proconsul possit quidem mandare cognitionem criminum legato suo. sed tamen libi tenetur reseruare pronuntiationem vel animaduersionem. Idque ex ea ratione, quia ea quæ sunt meri imperii, ut est potestas statuendi de criminali negotio, non possunt delegari. *l. nemo potest. de R. I. l. si quid erit. ff. de off. procon.*

Postremò obstat *l. argentarium 45. §. ult. ff. de iudic.* vbi cœpto iudicio in vno loco, tamen ad alium iudicem causa transfertur. Resp. Ibi ad alium iudicem

judicem recurritur de necessitate pro executione sententiæ faciendæ, non pro prosecutione eiusdem instantiæ. *Bart. in l. 51. §. ult. ff. de iudic.* Quoties enim condemnatus bona habet in territorio alterius magistratus, quàm qui sententiam dixit, posita, tunc potest iudex qui eum condemnauit, per literas requisitorias petere à iudice loci, in quo reus habet bona sita, ut sententiam in ijs bonis exequatur: quod iudex iste per literas requisitus facere tenetur. *l. à. D. Pro. 15. §. 1. ff. de re iudic. l. properandum. §. si autem reus. C. de iudic.*

ASSERTIO LXX.

In bonæ fidei iudicijs, qui debet sub conditione vel in diem, ad præstandam cautionem ante diem vel conditionem cogi potest ex iusta causa.

PROBAT hanc assertionem apertus & expressus *tex. in l. in omnibus 41. ff. de iudic.* Sententia hæc est. Ante diem vel conditionem res debita peti non potest, verùm plerunque rectè petitur cautio de debito præstando, cum dies venerit, vel conditio extiterit. Et si petatur ea cautio, ex iusta causa fit condemnatio. Iustæ autem causæ sunt, si debitor de fuga sit suspectus, si labatur facultatibus: tunc enim ante diem obligationis, creditor ad interponendam cautionem agere potest. Hæc autem decisio tantùm obtrinet in bonæ fidei iudicijs, siue sint generalia, ut est petitio hereditatis, actio, pro socio, negotiorum gestorum; siue specialia, ut est actio mandati, commodati, depositi *l. pro socio 38. ff. Pro soc. l. quod si in diem 16. ff. de pet. her.* Videtur etiam huic decisione locus esse in actionibus arbitrarijs, nam in ijs ferè tantum potest clausula arbitrii, quantum in iudicijs bonæ fidei, clausula bonæ fidei. *l. quasitum 14. ff. de pign.* In strictis iudicijs huic decisione non est locus, in quibus ante diem debitæ pecuniæ non rectè petitur cautio, nisi cum bonorum petitur separatio. *l. 4. ff. de separ. tex. est notabilis in l. quoties. §. si semel. ff. de pecul. Cuiac. lib. 17. c. 37.*

Obiicitur *l. 2. in princ. ff. de her. vel act. vend.* ubi dicitur, quod venditor hereditatis non tenetur emptori satisfacere de euictione. Respondet Cuiacius, quòd in bonæ fidei iudicijs tenetur quidem debitor cauere, sed non satisfacere, id est, tenetur simpliciter repromittere, sed non cogitur satisfacere datis fideiussoribus. Verùm hæc responsio non satis firma videtur: nam si hoc esset verum, tunc modicum effectum haberet prædicta decisio, quia tantam cautionem haberet creditor postea, quantam habuit prius. Verius itaque

itaque & rectius responderet. *Bart. ad d.l. in omnibus*, quod etiam satisfacere cogatur debitor in bonæ fidei iudiciis pro futuro debito, sed ita demum, si subsit iusta causa, ut puta si debitor labatur facultatibus, vel sit suspectus de fuga vel dilapidatione. *l. si creditores. §. plane ff. de priu. cred.* Hoc est quod dicit *d.l. in omnibus*. ex iusta causa. Si vero nulla subsit iusta causa, tunc satisfacere non compellitur. Ita intelligenda est *d.l. 2.* Quod tamen ita intelligendum est, si iusta illa causa supervenerit post contractum de novo. Aliud est, si eadem causa suberat tempore contractus, quia tunc non potest peti cautio de novo. *l. si ab arbitro. ff. Qui satisf. cog.*

Secundò obstat huic conclusioni *l. 1. §. 1. ff. de Vsur.* ubi negatur in bonæ fidei iudicijs ante diem præstari cautionem futuri debiti. Nam ait lex iudicem post condemnationem non posse exigere cautionem ob vsuras futuri temporis, id est, ob rei indicatæ vsuras. Sciendum est, sententiam inhibere cursum vsurarum, etiam si debitum fuerit vsurarium. Vsurae currunt in diem usque sententiæ: lata sententia sistuntur: post tempus ad iudicatum faciendum à lege concessum rursus currunt. Verùm post tempus iudicati faciendi iudex de ijs præstandis non exigit cautionem. *d. l. 1. vers. nec tamen iudex.* Breviter dicendum, iudicem in ea specie perfunctum esse suo officio: nam condemnavit reum in sortem & vsuras usque ad diem sententiæ: post condemnationem desinit esse iudex. Ergo nihil ad eum pertinet ratio vsurarum futuri temporis post condemnationem: itaque earum nomine cautionem non exigit.

Neque ei legi quicquam obstat *l. 1. C. de sent. quæ sine cer. quant.* ubi dicitur, iudicem rectè pronuntiare, ut vsurae pendantur, quoad pecunia condemnationis fuerit soluta. Ergo potest pronuntiare de vsuris futuri temporis. Breviter dicendum, iudicem in ea l. fuisse addictum actioni iudicati. Ergo non loquitur de primo iudice, sed de iudice actionis iudicati: hinc ita pronuntiavit, Quousque iudicato satisfeceris, vsuras pendito: quæ sententia valet.

ASSERTIO LXXI.

Inter patrem & filiumfam. lis nulla consistere potest.

INTER patrem & filium in potestate constitutum nullæ actiones moveri possunt, nisi ex castrensi peculio vel quasi: nam in his peculij filiusfam. pro emancipato habetur. *tex. sunt in l. 4. ff. de iudic. l. actiones 7. ff. de O. & A.* Ratio est, quia pater & filius idem videtur esse homo, atque cum nemo ipse litigare potest. Inter patrem verò & filium emancipatum iudicium & lis consistere potest: sed si filius provocat partem ad iudicium,

M

debet

debet petere veniam à Prætoris. Edictum enim Prætoris de in ius vocando pertinet ad filium emancipatum, qui venia à Prætoris impetrata, potest movere litem patri. Filius qui est in potestate, omnino non potest litigare cum patre. *l. adoptivum ff. de in ius voc. vbi dicitur, filium qui est in potestate, magis iure patriæ potestatis quàm edicto Prætoris prohiberi in ius vocare patrem.*

Contra hanc thesin sic argumentor. Causa in integrum restitutionis est lis: nam vocare in iudicium adversarium oportet, *l. si intra C. de rest. in int.* Appellatur actio in *l. etiam si 29. §. ult. ff. de min.* Lis actio est. At filiusfam. restituitur in integrum adversus patrem minoris ætatis causa, ergo litigat cum patre. *l. 3. §. ergo etiam. ff. de min.* Species facti. Pater cum dotem dat filiæ, incontinenti rectè stipulatur sibi reddi, ex intervallo non rectè, nisi consentiente filia. At si filia minor consenserit imprudenter, restituitur adversus patrem. Ergo lis est inter patrem & filiam. Breviter dicendum, id fieri extra ordinem. Restitutio in integrum est extraordinaria, nec propria actio. Est cognitio prætoris: denique est extraordinaria. Præterea in ea specie filiafam. litigat ex causa dotis, quæ eius est propria effecta. *l. pater 14. ff. ad l. Falc. l. 4. ff. de coll. bon.* Hodie tamen ex constitutione Iustin. filia circumscriptæ ratione ætatis, non datur restitutio in integrum adversus patrem. *l. ult. C. Qui & adu. qu.* Addendum, filium etiam certis casibus extra ordinem agere cum patre. Sic filiusfam. cogit patrem extraordinario remedio, ut se emancipet. *l. si cui legatum 92. ff. de cond. & dem.* Extra ordinem cogit filius patrem, ut se alat, *l. si quis à liberis. ff. de agn. & alen. lib.* Summa hæc est: Iure ordinario nulla lis est inter patrem & filiumfam. extra ordinem verò sæpè lis est. Adhæc notandus est adhuc singularis casus, quo lis est inter patrem & filiumfam. quando scilicet pater invito filio detinet eius uxorem, tum enim datur filiofa interdictum vel actio de uxore exhibenda & abducenda contra patrem. *l. 2. ff. de liber. exhib. l. ult. C. eod. l. si invita x1. C. de nupt.* Quod & iure Cano. similiter obtinet. per c. non est vobis 11. ex. de sponsal. vbi dicitur, quod per censuram ecclesiasticam pater compellitur filio suo restituere uxorem, quam iniuste detinet.

Postremò opponitur *l. pactum 4. C. de pact. conven. sup. dot.* ubi statuitur, si mater cum patre suo pacto dotali convenit, ut si intra matrimonium decessisset, dos sibi restitueretur, & verborum obligatio intercessit, petitionem exequi non prohiberis. maximè (inquit textus) si adhuc vinculis patriæ potestatis non adstringeris. Sed dictio maximè implicat. *l. frustra. C. de re milit. lib. x11.* Ergo etiam si filius adstringeretur vinculis patriæ potestatis, petitionem exequi non prohiberetur. Resp. Hoc specialiter introductum est favore dotis. arg. *l. 1. ff. Sol. matr.*

ASSER-

ASSERTIO LXXII.

*Executor sententiæ, de viribus eius cognoscere
& pronuntiare non potest.*

MAGISTRATVS vel iudex addictus actioni iudicati, cognoscit tantum, an pronuntiatum sit, an prætor debitorem condemnauerit: non, an rectè condemnauerit. *l. 6. & pen. C. de exec. rei iud.* Alioqui si ei Prætoris sententiam retractare liceret, lusoria essent decreta & sententiæ Prætorum: quod admitti non debet. *l. ult. ff. Ne qu. in lo. pub. si Prætor 75. ff. de iudic. c. pastoralis 27. §. quia verò, ex. de off. & pot. deleg.* Et hoc est quod vulgò apud Gallos in praxi dicitur. *Sergent n'a coignossance le cause.*

Obstat primò huic decisione *l. à D. Pio. §. 1. & §. si rerum. ff. de re iud.* vbi iudex datus ad exequendam sententiam, cognoscit & pronuntiat de rebus & controversijs, quæ in executionem veniunt. Resp. sub distinctione Bartoli in *d. §. 1.* Quædam sunt exceptiones, quæ respiciunt merita principalis causæ, & de illis iudex executor cognoscere non potest, sed negotium remittere debet ad priorem iudicem. *l. pen. ff. de confes.* Aut exceptiones pertinent ad eas res, in quibus fieri debet executio, & de his executor cognoscit & iudicat. *d. §. si rerum.*

Secundò pugnat *l. si prætor. §. Marcellus. ff. de iudic.* Vbi traditur, quòd si ex falsis allegationibus per dolum actor sententiam consecutus est, hoc casu iudex ad executionem datus cognoscit, non tantum an iudicatum sit, sed etiam an ex falsis probationibus sit iudicatum. Quod si ita esse compere-rit, pronuntiabit, ex falsis argumentis sententiam non esse iure latam. *l. 4. §. Si con. ius vel util.* Resp. Sententia lata ex falsis allegationibus contra absentem, est ipso iure nulla, arg. *l. 1. C. Si tut. vel cur. fal. alleg.* Si verò contra præsentem est lata, tunc ope restitutionis in integrum est rescindenda. *l. Divus. ff. de re iud.* Ideòque cum talis sententia sit inutilis & nulla, et saltem per in integrum restitutionem retractanda, iudex eam executioni non mandabit, sed exceptionem falsi admittet. *Bart. in d. l. si prætor.*

Tertiò adversatur *d. l. si prætor. vers.* Paulus notat, vbi dicitur; si quis condemnatus sit tanquam contumax, qui necessarias & iustas habuit absentiæ causas, veluti adversam valetudinem, aut maioris rei occupationem. *consumacia. §. pen. ff. de re iud. l. pen. C. Quom. & qu. iud.* tunc iudex addictus executioni iudicati non debet sententiam exequi, sed allegationes, quòd iusta causa absens fuerit iniquè condemnatus, audiet. Resp. Ibi absens

aliquis tanquam contumax condemnatus erat, qui tamen non fuerat vere contumax, sed ex probabili causa iudicio abfuerat. ideoque eo casu prætor reum absentem propter desertionem litis non rite condemnatum ad defensionem causæ restituere debet, l. 4. C. de procur. l. ait Prætor. §. ult. ff. de min. Cuiac. lib. Obs. 25. c. 38. Vide latius de hac quest. Menoch. in arbitrar. iud. lib. 1. quest. 38.

ASSERTIO LXXIII.

Debitor in loco contractus conveniri potest, ibique se defendere debet.

ACTOR sequi debet forum rei, non verò reus forum actoris. l. 2. C. de iurisd. Tribus autem locis reus forum sortitur in causis civilibus. Primò ratione domicilij. Ibi enim principaliter & indubitatè conveniendus est debitor, vbi habet domicilium, rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, vbi assidue moratur. l. 2. C. Vbi Sen. vel clariss. l. cives. C. de incol. lib. 10. Secundò ibi forum competens habet reus, vbi res est sita, de qua agitur. l. ult. C. Vbi in rem act. Tertiò forum sortitur reus ratione contractus, vel quasi, ut in eo loco conveniri possit, vbi contraxit, licet ibi domicilium non habeat. l. heres. 19. §. 1. l. 36. ult. l. argentarium 45. ff. de iudic. Ita demum tamen reus in loco contractus potest conveniri, si ibi inveniatur. d. l. heres. in princ. quia in contractibus remissio locum non habet. c. Romana. §. contrahentes. de for. comp. in 6. Creditori tamen sic contra absentem est provisum, ut si quæ bona debitor habeat in loco contractus, in eorum bonorum possessionem Prætor mittat creditorem, eaque debiti servandi causa eum iubeat possidere, d. l. heres. §. 1.

Opponitur l. 1. C. de nundin. Vbi constituitur, quòd negotiatores tempore nundinarum non conveniantur de contractibus ibi habitis, neque eorum merces ob debita detineantur. Resp. Hoc est singulare privilegium nundinarum, quòd Impp. ijs locis & civitatibus indulserunt, quæ habent ius exercendi nundinas. Hoc tamen ita intelligendum est, ut venientes ad nundinas non possint ibi de debitis alio tempore, quàm in nundinis contractis conveniri & arrestari. Cæterùm de debitis in nundinis contractis possunt ibidem iudicio conveniri. Nam nisi hoc ita esset, possent infinitæ fraudes committi, quibus nemo obuiare posset. Possent enim peregrini mercatores ex longinquis regionibus ad nundinas confluere, multasque ibi merces comparare, & tandem nulla facta solutione se subducere. Quo facto vel solutionem eluderent, vel magnis sumptibus & peri-

& periculis creditorem in exigendo debito onerarent. Ita notatur in addit. ad Marant. dist. 9. iudic. num. 96.

Secundò adversatur *l. exigere 65. ff. de iudic.* vbi traditur, quòd mulier soluto matrimonio non possit repetere dotem in loco contractus matrimonij vel promissionis dotis, sed in loco domicilij mariti teneatur exigere dotem. Hic negatur posse mulierem convenire virum, vel eius heredes in loco contractus: vbi scilicet matrimonium est contractum, vel dos promissa: nam & dotis promissio appellatur contractus, in *l. contractus 23. ff. de R.I.* Resp. Elegans ratio adfertur à I C. in *d. l. 65.* cur mulier dotem in loco contractus matrimonij vel dotis non repetat, quia per eum contractum mulier migrat in alium locum, id est, talis est contractus, vt ex eo statim mulier migret in alium locum, & fiat mutatio fori. Igitur non locus contractus spectatur, sed ille in quem fit migratio. Hac ratione non aget mulier vbi est contractum matrimonium, sed aget in eo loco, in quem ex matrimonio migravit: migrat autem per matrimonium mulier in domicilium mariti, idque retinet, quoad alteri nupta sit. *l. filij. §. 1. l. ea quæ desponsa est. ff. ad Munic.*

Ex qua sententia *d. l. exigere*, colliguntur duæ pulchræ decisiones. Prima est, quòd in lucranda dote, attendetur consuetudo loci ipsius viri. Itaque si in loco domicilij mariti statutum disponat, quòd uxore decedente sine liberis, maritus lucretur certam partem dotis, sed in loco domicilij uxoris, vbi est celebratus contractus dotis, alia est consuetudo, attendetur statutum loci, in quo maritus habet domicilium. Ita tradit Afflic. decis. Neap. 226. Sneiderw. ad Inst. de succes. int. vi. & vx. num. 4. Secunda, In bonis acquisitis constante matrimonio, sequimur consuetudinem loci, vbi domicilium habet maritus, non verò loci, vbi bona ex contractu matrimoniali sunt quæsitæ. Itaque si degant maritus & vxor Lugduni in Gallia, (vbi ius commune scriptum servatur, quòd scilicet bona acquisita constante matrimonio ad maritum pertineant, nisi mulier demonstret vnde habuerit. *l. Quintus 51. ff. de don. int. vi. & vx. l. etiam 6. C. eo.*) & comparaverit maritus constante matrimonio prædium Lutetiæ, vbi consuetudo est, quòd bona acquisita inter coniuges communicentur, mortuo marito vxor non habebit partem in acquisito prædio Lutetiæ, sed in solidum ad mariti heredes pertinebit, quia in lucris nuptialibus attenditur locus domicilij mariti, non locus contractus. Ita in curia Parisiensi iudicatum esse notat Costalund *d. l. exigere.*

A S S E R T I O LXXIV.

Naturalis rei interitus post moram contingens, pertinet ad debitorem, nisi res eodem modo apud creditorem peritura fuisset.

SI res fatali casu peremta est, veluti si jumentum mortuum, aut fundus schismate absumtus sit, quæsitum, cujus esset periculum? Dissidium fuit in hac quæstione inter Proculianos & Sabinianos. Distinguebant Proculiani, ut si res non erat interitura apud actorem, teneretur reus de interitu: hoc est, si actor, qui venaliarius, aut negotiator erat, equum aut speciem acceptam statim distraxisset, & pretium lucratus fuisset, tunc reus interitum rei sustineat, & æstimationem speciei peremtæ præstet. *l. cum res 47. §. vlt. de leg. 1. l. illud 40. ff. de pe. her. l. si plures. §. illud. ff. depo.* Si verò peritura æquè res fuisset apud actorem, ut si non distracturus erat rem petitam, absoluendus est debitor, & naturalis interitus pertinebit ad actorem. Sabiniani sine vlla distinctione præcisè absoluendum volebant debitorem; mori potissimum hac ratione, quòd fata sint omnibus æqua, & euitari à nullo debitore possint. Ideoque cum res fato & naturali interitu perisset, licet mora nulla interuenerit, nihil est, quod debitori imputari possit. In hoc articulo controuerso retinenda est distinctio Proculianorum, tanquam verissima, quæ multis legibus inculcatur: *l. item si 15. §. vlt. ff. de rei vend. l. de eo §. si post. ff. ad exhib.* Hæc verò distinctio obtinet tantum in malæ fidei possessore, & bonæ fidei possessore improbè litigante. Cæterum bonæ fidei possessor, qui iustam habet litigandi causam, absolvitur à naturali rei interitu, quia non dicitur facere moram. *d. l. 15. §. si. & l. seq. d. l. illud.* quia non debet propter mortalitatis periculum temerè ius suum indefensum relinquere, id est, bonæ fidei possessor, quia ius suum defendit, & ad litigandum venit sincero animo, dum existimat se bonam causam habere, non debet hoc ei damnum adferre. *Cuiac. ad Afric. ad l. si seruus 108. §. si seruus de leg. 1. & in l. 23. de V. O.*

Contra hanc decisionem adfertur. *l. si filio 25. §. si post. ff. sol. ma.* Ait lex, si post moram in reddenda dote res dotales perierunt, maritum omnimodò æstimationem præstiturum. Resp. cum Cuiacio. Lex vult indistinctè maritum præstare naturalem interitum rei, non habita distinctione, an culpa vel casu fortuito res perierit; & sic omnimodo sine distinctione culpe vel casus fortuiti, maritus post moram tenetur ad rei dotalis extinctæ æstima-

æstimationem : attamen non excluditur ista distinctio, an res apud actorem fuisset perinde peritura nec ne, de ista distinctio ibi non agitur.

Ab hac distinctio excipiuntur fures, prædones, & qui metum intulerunt; qui re extincta post moram indistinctè tenentur de interitu, siue res apud actorem æquè peritura fuisset, siue non. Ratio est, quia hi non tantum in simplici mora, sed etiam in delicto versantur, & ex ipso tempore delicti, plusquam frustratores impii debitores existunt. *l. item si. §. quatenus. ff. Quod me. caus. l. merito 19 ff. de vi & vi ar. l. ult. ff. de cond. furt.* Latius & plenius de hac quæstione differentes consule. *Hotoman. in illust. quæst. quæst. 28. & Fachin. lib. 2. controuers. cap. 71. & lib. 8. cap. 101.*

ASSERTIO LXXV.

Rei vendicatio datur contra eum, qui possidet vel detinet rem nostram.

DATVR actio rei vendicationis regulariter contra eum qui possidet, hoc est, rem & animo & corpore habet, per se vel alium, *l. 3. §. quod si seruus, & §. saltus. ff. de acq. poss. l. 3. §. ult. ff. ad exhib.* Præterea & contra eum datur, qui nudam habet & corporalem rei detentionem. Hinc potest dominus quoque à depositario, commodatario, colono vel inquilino rem suam vindicare. *l. 2. ff. Commod. l. officium 9. ff. de rei vend.*

Verum opponitur quod dominus idemque possessor agere, & rem suam vindicare non potest ab eo qui non possidet: quia repugnat regula tradita in *§. æquè. Inst. de act.* quæ habet, quod in controuersis rerum corporalium non agit is quis possidet *Concord. l. 1. §. pen. ff. Vti poss.* Atqui dominus est possessor, non commodatarius, depositarius, vel colonus. *l. rei 8. ff. Commod. l. licet 17. §. rei. ff. de pos. l. non solet 39. ff. loca.* Ergo non debet contra hos detentatores domino dari rei vendicatio.

Resp. Non est absurdum domino dari rei vendicationem aduersus quoscunque occupatores rei suæ. Debet enim libera esse ac latè diffusa rei vendicatio, vt constet ac firma maneat politica distinctio dominiorum. Nec obstat *d. §. æquè.* Nam & possessori, & præterea detinenti rem corporalem non est prodita actio in rem. Sed si alius eam detineat, publica utilitas exigit eam actionem non denegari.

ASSER-

Publiciana actio potest cum rei vindicatione in eodem libello coniungi.

QUÆSTIO anceps & grauis est inter DD. An possit actor in eodem libello cumulare rei vindicationem cum Publiciana. Et quidem prima facie non videbatur posse has actiones simul proponi: quia Publiciana datur non domino, rei autem vindicatio competit vero domino. *l. si ab eo 18. ff. de pign.* quæ videntur inter se contrarietatem quandam habere. Sed verior est sententia, quod possit utraque actio simul intentari, valeatque libellus, quo actor petit declarari fundum ad se pertinere iure dominij, vel quasi. vt probatur in *c. abbate. de re iud. in 6.* Et consuetudo recipit istam petendi formulam ex optimis rationibus, traditis ab *Oldend. cl. 3. act. 3. in aff. remed.*

Sed obiicitur huic sententiæ, quod contrariæ actiones simul non admittuntur, per vulgatam *l. 1. C. de furt. l. vnic. C. si ser. ext. se emi. mand. l. nemo ex his. §. quoties ff. de R. I.* Atqui videntur contrariæ esse actiones, rei vindicatio, & Publiciana, quia rei vindicatio datur vero domino, Publiciana verò ei competit, qui rem aliquam à non domino comparauit, & nondum vsucepit. *l. 1. ff. de Publ. act. Resp.* Publiciana & rei vindicatio non sunt actiones contrariæ, sed potiùs inter se sunt adfines, & altera alterius supplemento perficitur. Sicut enim quasi dominium non est contrarium dominio, sed tam affine directo dominio, vt aliquando dominij loco penè sit, *l. bonæ fidei 48. ff. de acq. re. do.* ita etiam iudicare oportet in duabus hisce actionibus affinitatem esse coniunctissimam, non verò contrarietatem; cum rei vindicatio competat pro dominio, Publiciana verò pro quasi dominio vindicando. Et certè multum vtile est domino cum rei vindicatione coniungere Publicianam, quia difficillima est probatio dominij, cuius probatio necessaria est quidem in rei vindicatione, sed in Publiciana sufficit probare titulum, bonam fidem & possessionem. *l. cum res 12. C. de prob.*

Secundò obiicitur, quod libellus incertus vel alternatiuus non valet, sed reiici potest ab aduersario: Nam actor certam actionis speciem edere debet in libello, vt cognoscere reus possit vtrum cedere an contendere debeat. *l. 1. ff. de eden. l. 3. C. eod.* Atqui qui proponit rei vindicationem & Publicianam simul, alternatiuum & incertum libellum offert. Ergo talis petitio

itio non est admittenda. Resp. Quoties actor ex facto aduersarii vel alieno, incertus est de iure suo, tunc quia nihil ei potest imputari, admittitur libellus alternatiuus. l. 1. §. *quia autem*. ff. *Quod legat.* Hanc sententiam, quod rei vendicatio cum Publiciana cumulari possit, & quod in praxi ita eructur, testatur *Oldend. d. loco.* Quæ fuit sententia subtilium Ultramontanorum, in quam etiam inclinant *Iason & Zaxius in §. sed iste. Inst. de action.* Dissentiunt ab hac opinione *Faber. ad d. §. sed iste. nu. 8. Dynus nu. 20. Harprecht. u. 15. Vulte. nu. 11. 12. & 20.*

ASSERTIO LXXVII.

*Arbor alluione in agrum alienum translata, eius fit,
cuius fundo adhæret.*

QUOD per alluionem ex agro vnus flumen adijcit fundo alterius, id alteri acquiritur. Quod adeo verum est, vt si longiori tempore adhæsit portio agri fundo vicini, arboresque quas secum traxerit, bi radices egerunt, vicini fundo ex eo tempore per alluionem acquisitæ censentur. Traduntur hæc expressè in §. *per alluionem. Inst. de re. diui.* Ratio est, quia quod radices in solo agit, solo cedit, veluti pars eius. §. *si Titius. Inst. eod.*

Obijcitur l. 5. §. *pen. ff. de rei vend.* quæ vtilem in rem actionem priori domino concedit, cujus arbor in alieno solo radices egit. Resp. Textus ille accipiendus est, quando arbor translata est facto hominis, vt tunc detur priori domino arboris vtilis in rem actio, ad æstimationem arboris. Si verò per alluionem translata sit arbor, pristinus dominus non habet actionem ad vendicandū dominiū arboris, quod amisit. per alluionem. Ratio est, quia lumina funguntur vice censitorū, & ex publico priuatū efficiunt, & vnus priuati prædium alteri attribuunt per naturalē fluminis cursum, sic vulgo dicitur, *Die Waterstroomen kornen gelyck die Richters nemmen ende geven.* Additio d. *Gl. in d. §. Per alluionem. per l. hoc amplius 9. §. Alpheus. ff. de dam. inf.* Alii hoc modo respondent, quod priori domino arboris non detur vtilis actio ad ipsam rem seu arborem vindicandam, sed ad æstimationem arboris, d. instar eius, quando per ferraminationem aliquid alienæ materiæ iunctum est, puta si pes aut brachium alienæ statuæ per ferraminationem iunctum est. l. *in rem 23. §. item quæcunque ff. de Rei vend.* Arbor enim in alieno agro plantata eius fundi, domino cedit, in cuius solo radices egit. l. *adeo 7. §. vlt.* & l. *sed si ex meis 26. §. vlt. ff. de acq. re do.* Ita tradit *Accurs. ad d. l. 5. §. pen. ff. de rei vend.*

Ad emphyteusin necessaria est scriptura.

SENTENTIA hæc probatur in l. 1. C. de iur. emph. in qua Imp. ablatiuis absolutè positis utitur, pactionibus interueniente scriptura habitis, quorum ea est natura, ut conditionem importent, l. 1. de testatore 109. ff. de cond. & dem. l. acceptis 93. ad l. Falc. conditio autem præcisè & in forma specifica impleri debet. l. qui heredi 44. l. Manius 55. ff. de cond. & dem. Secundò hoc manifestà ratio suadet: quippe cum emphyteusis plerunque perpetuò, & in tempus memoriam hominum excedens concipiatur, hominum autem memoria sit labilis, facileque testes mori possint; certè si testes sufficerent, facile possent perfidi emphyteutæ, eorumve heredes possessionem interuerrere, domino inficiari ius suum, & cum dominio rei suæ iniuste priuare, asserendo rem ad se pleno iure pertinere. Ideoque litteris fidelissimis rerum custodibus hic contractus committendus est. Coras. add l. 1. ubi notantur hanc conclusionem ita limitat, quòd instrumento emphyteutico amisso, possit eius tenor & series testibus probari. l. ult. C. de iur. emph. c. cum olim. ex de priu. Sic enim in simili de actis iudicialibus responsum est, quòd licet scripto consignari debeant, l. ult. C. de re iud. c. quoniam. ex. de proba. tamen amissa scriptura per testes probari possunt. Lanfran. in d. c. quoniam. Hinc rectè glossator in c. 1. de censib. nullius momenti tradit esse emphyteusin, nisi scriptis mandetur, eaque sententia communi interpretum consensu probata est. Olden. cl. 5. de act. emphyt. Salic. & Las. in d. l. 1.

Contrariam sententiam adstruit gl. in d. l. 1. ubi hanc opinionem vltimo loco refert, cui Bart. & Jason adstipulantur, & nouissimè Connan. lib. 7. Com. c. 12. VV. sem. in para. Si. ag. velt. pe. Quam opinionem consuetudine firmari scribit. Bart. in d. l. 1. Sp. c. in g. nunc aliqua. num. 5. de emphyt. Itaque in hac opinionum varietate spectandum imprimis, quid consuetudine receptum sit: optima enim legum interpretis est consuetudo. Quòd si de consuetudine certò non constet, est enim consuetudo facti. c. 1. de consuet. in 6. ideoque non præsumitur, nisi probetur. l. 4. ff. de cust. & exhi. reo. tutius erit iuri scripto, & communi opinioni adhærere. Clar. in tract. de emphyt. quest. 4.

Obiicitur, quòd præscriptione emphyteusis acquiri potest, arg. l. ult. C. de fund. patrim. lib. x. l. comperit. 6. C. de præsc. 30. an. ergò non semper scriptura perficitur, quia ad præscriptionem non est necessaria scriptura. Resp. Quando præscriptione emphyteusis acquiritur, præsumit ius omnia ritè & solenniter esse acta, & scripturam quoque interpositam esse. arg. l. secundum.

um. ff. de V. O. Specu. ad tit. de loca. § nunc aliqua. num. 81. & 169: vbi probat per antiquam præstationem nasci coniecturam, quòd omnia videantur sortemittere & legitimè præcessisse. per l. cum de in rem verso ff. de V. sur. & §. ult. inst. de fideius.

ASSERTIO LXXIX.

Emphyteusis est contractus iuris gentium, non civilis.

CONTRACTVS emphyteuticus iuri gentium, non civili adscribi debet: quia non solum apud Romanos, verum alias quoque gentes ante constitutionem Zenonis, emphyteusis vsu recepta fuit. Sic Aristot. scribit lib. 2. Oecon. Byzantios, cum exhausto arario pecuniis indigerent, fundos publicos certa mercede locasse, fertiles ad tempus, steriles in perpetuum. Confirmatur hoc secundo, quòd contractus emphyteuticus affinis & germanus est locationi, imò & emphyteusis perpetua locatio dicitur. l. 1. §. 1. ff. Si ag. vect. pe. §. adeo. Inst. l. ca. ergo eodem iure censeri debet. Tertio probatur à definitione iuris gentium. Quicquid enim eius est naturæ, it inuentum omnes gentes approbent, eoque vtantur, iuris gentium esse licitur: l. 1. l. omnes. ff. de iust. & iur. Atqui emphyteusis vbi primùm cognita fuit, tacito populi consensu, omniumque gentium vsu recepta & approbata est, vnde ad ius gentium meritò referenda est. Confirmatur hoc exemplo emtionis: emtio siquidem belli Troiani temporibus fuit incognita, quum exercitus Græcorum, pecunia nondum percussa, ære, ferro, pecoribusque permutatis, vinum comparabat. Quod probatur Homeri testimonio in l. 1. ff. de con. emp. Nummo autem reperto, cum nemo esset qui non eo vteretur ad emtionem expediendam, hinc iuri gentium meritò emptio est adscripta. Non enim vt vulgò DD. statuunt, ius gentium distinguendum est à civili, temporis ordine & progressu, sed potius ex C. regula, à ratione naturali, & hominum usu, à quibus ita describitur. Ius gentium est, quod naturali ratione introductum, & vsu omnium populorum receptum est. §. ius autem civile. Inst. tit. 2. Connan. lib. 1. Com. c. 5 & 6.

Non obstat prædictæ conclusioni, quod Zenonis lex propriam attribuit emphyteusi naturam; quia Zeno Imp. non instituit nouam speciem contractus, sed incertum & confusum genus conuentionis, ab iis contractibus, quibus cum conuenire videbatur, distinxit. d. §. aded Coras. ad tit. de iur. emph. in pralud. & lib. 1. Miscel. c. 21. Cuiac. in parat. C. h. t. Dissentiunt Alcia, ad l. crediores nu. 3. de V. S. V. V. esemb. in parat. ff. Si ag. vect. pet. nu. 3. Vultei ad §. aded. nu. 6. Inst. Loca.

ASSERTIO LXXX.

Emphyteufis inconsulto domino directo donari & legari potest.

ACRIS & vehemens est inter DD. disputatio, an emphyteuta possit ius emphyteuticum, vel meliorationes suas irrequisito domino domino donare vel legare? & verior est sententia, quod possit. *per l. i. C. de fund. patr. lib. xi. vbi statuitur, quod emphyteuta Reipub. possit fundum emphyteuticum inconsulto domino donare: ergo idem in priuata emphyteusi statuendum. Eandem sententiam comprobatur manifestè. l. in conuentionibus 219. de V. S. vbi dicitur, ius emphyteuticum legari posse. Eandem sententiam confirmat l. si domus 71 §. ven. & vlt. de leg. i. vbi traditur emphyteusin posse legari, atqui legatum est donationis species. l. legatum 36. de leg. 2. §. 1. Instit. cod. tit.*

Obiicitur, quod emphyteuta prohibetur ius suum vendere sine directi Domini voluntate. *l. vlt. C. de iur. emph.* Resp. Longè diuersa est venditionis & donationis causa: vendentis enim non interest, cui vendat, modo pretium consequatur. Si igitur tantum pecuniæ offerat dominus, quantum extraneus, merito præferendus est emtori. Atqui in donatione habetur ratio benemeritorum & officiorum, quæ remunerari æquum est: at eadem merita non cadunt in dominum, quæ in donatarium. quia amicis ut plurimum legare & dare solemus. *l. 9. ff. Si quid in fraud. patro. l. nec adiecit 13. ff. Pro socio.* Igitur non tenetur emphyteuta, nullis beneficiis à domino provocatus & ornatus, ei potius donare, quam alii amico benè merito. Ne autem dominus directus iure suo priuetur, cui contra donatarium seu nouum emphyteutam nulla competit personalis actio, utpote cum quo non contraxit, debet donatarius ab ipso domino requirere, vt eum inuestiat, & in rei emphyteuticæ possessionem mittat: quia non potest propria auctoritate nouus emphyteuta possessionem ingredi: & sic ei contra nouum emphyteutam satis erit prospectum ex noua conuentione: debetque donatarius, idemque nouus emphyteuta, in præmium inuestitura, domino quinquagesimam partem æstimationis rei emphyteuticæ, laudemix loco persolvere. *l. vlt. & ibi Corf. num. 9. C. de iur. emph.* Hæc est Azonis, Accur. & communis interpretum sententia, in *d. l. vlt.* quam ibi Jason refert vigintitrium DD. auctoritate consignatam esse; vnde omnino sequenda videtur, tametsi Irnerius, Cynus, Bartolus & plerique alii contrariam defendant. Quam etiam eleganter confirmat. *Fornerius lib. 2. selection. c. vlt.*

Oppo-

Opponitur secundò, quod ait Vlpianus: Cui ius est donandi, eidem vendendi & concedendi ius est. *l. cui ius. 163. de R.I.* Vnde colligi posse debatur, emphyteutam sicut inconsulto domino donare potest, ita quoque vendere posse. Resp. Ista regula non procedit, ubi alia est vendendi, alia donandi ratio. ut hîc. Sic & decurio prohibetur prædia sua vendere sine decreto iudicis, potest tamen ea donare. *l. ult. C. de præd. decu. 1. 10.* facilius enim homines inducuntur ad vendendum, quàm donandum, propter commoditatem pretij.

Tertiò non refragatur prædictæ conclusioni *l. universas, C. Ne rei domin. l. temp.* ubi statuitur, quòd ecclesiæ vel Reipub. bona emphyteutica nullo titulo oneroso vel lucrativo alienari possunt. Respondendum enim, quòd emphyteuta potest ius suum donare, modò citra fraudem, & cum ac protestatione donet, quòd velit ius Reipub. atque Ecclesiæ per hoc illud atque intemeratum manere. *d. l. 1. C. de fund. patr. Bald. in l. ult. C. de iur. emph. Dissentit Fachin. lib. 3. contro. c. 97.* qui adstruere conatur emphyteutam ius suum emphyteuticum non requisito consensu domini alienare non posse, sed argumento valde levi & frivolo.

ASSERTIO LXXXI.

Acquiritur emphyteusis præscriptione xxx. annorum in prædijs privatis, in fundis verò civitatis vel ecclesiæ XL. annis.

SI quis XL. annis rem immobilem civitatis, fisci, vel ecclesiæ, rem verò privati xxx. annis, ut emphyteuta possedit, certumque redditum annuum pro ea pro soluit, acquirit emphyteusin, licet nunquam ei concessa fuerit. *arg. l. ult. C. de fun. patr. lib. 11. l. omnes. C. de præf. 30. an. C. 1. § si quis per 30. annos. Si de feu. def. conten. sit int. do. & agn. lib. 2. feud. Bart. in l. competit, per illum rex. C. de præf. 30. an.* Etsi enim naturalem tantum possessionem habet emphyteuta, quemadmodum fructuarius. *l. naturaliter 12. ff. de acq. possessio autem sola naturalis ad præscribendum efficax non est. l. acquiruntur 10. §. fin. ff. de acq. re. do.* ipsum tamen ius emphyteuticum tam civiliter quàm naturaliter possidet: ut mirum non sit, vtile saltem dominium per eum præscriptione acquiri.

Obijcitur *l. cum sponsus 12. §. in vectigalibus. ff. de Publ. act.* ubi dicitur, vectigalia prædia vscapi non posse. Resp. Vectigales fundi olim ferè à civitatibus elocari solebant. *l. 1. ff. Si ag. vect.* Itaque quod dicitur ibi de prædijs vectigalibus, id de agris civitatum aut fisci intelligendum videtur, qui

longo tempore non vsucapiuntur. *l. vsucapionem. ff. de vsuca. longissimo tempore tempore præscribuntur. d. l. omnes.*

Secundò obijcitur *l. si finita. §. si de vectigalibus. ff. de dnm. inf. vbi dicitur, etiam in civitatibus longum tempus ad præscribendum fundi vectigalis dominium sufficere. Resp. Non contra civitatem istic, sed fundus vectigalis à civitate acceptus contra privatum vsucapitur. Bald. in d. §. si de vectigalibus. Vel si admittatur, quòd contra civitatem seu municipium istic præscriptio procedat, dicendum quòd hoc iure Digestorum obtineat, quo xxx. annorum præscriptio adhuc erat incognita: ergo iure novo Codicis xxx. annorum præscriptione opus erit hoc casu.*

ASSERTIO LXXXII.

Dominus non potest ob non solum canonem, emphyteutam propria auctoritate expellere ex fundo emphyteutico.

QUÆSTIONIS est controversæ, an si emphyteusis cecidit in commissum ob non solum triennio-canonem, ipso iure, an per sententiam emphyteuta privetur iure suo. Et crebrius receptum est emphyteutam ipso iure privari emphyteusi, non expectata iudicis sententia, propterea quòd lex domino facultatem tribuit repellendi, non quidem simpliciter, sed præcisè distinctionibus vtens, omninò & omnimodò. *l. 2. C. de iur. emph. q. iurum dictionum ea vis est, vt inducant aliquid ipso iure fieri. Accur. in l. 1. §. si pecunia. in verb. omninò. ff. de pos. Ita tenent Bald. Salic. & Coras. in d. l. 2. Contraria tamen sententia æquior & probabilior est, quòd scilicet requiratur decretum iudicis, seu sententia declaratoria, vt emphyteuta cadat ab emphyteusi: nam & in eodem casu, scilicet ob non solum canonem, pronuntiatum esse à iudice, fundum emphyteuticum ad dominum rediisse, probatur in *l. lex vectigali. ff. de pign. Ita quoque decidit Menoch. rem. 1. recup. poss. num. 78. & 79. Planè siue dicimus emphyteutam ipso iure, siue per sententiam privari iure suo, semper tamen statuendum est, ad expellendum eum iudicis auctoritate & ministerio opus esse. Non enim singulis concedendum est, quod publicè per magistratum fieri debet. *l. non est singulis. de R. I. fa. l. sed si cuius 13. §. sed si inter duos. ff. de vsufr. l. dotis 9. C. sol. ma.***

Obijcitur *l. 2. C. de iur. emph. quæ lex domino potestatem facit repellendi emphyteutam. Resp. Verbum repellendi ad iuris intellectum referri debet. Itaque non significat ibi corporalem deiectionem, sed legitimam expulsi-*

expulsionem, quæ non fit de facto, sed per iuris remedia & competentes actiones. *l. extat. ff. Quod met. caus.*

Secundò obijcitur *l. pen. C. de pig. act. & l. qui ratiario 30. ff. eo. vbi dicitur creditorem posse propria auctoritate ex pacto auferre pignus à debitore. Si hoc licet ex conventionione: multò magis legis auctoritate permittendum, quæ dat domino potestatem expellendi emphyteutam, quæ expulsio in proprio facto consistit, sicut & ereptio. *l. pen. ff. Ne quis cum qui in ius voc. &c.* Resp. Creditor potest propria auctoritate ex pacto pignus auferre, si debitor non resistat, aliàs non. *l. 3. C. de pign. vbi id notat Azo contra Iohannem, quem communiter DD. sequuntur.* Itaque licet debitor creditori concessit facultatem propria auctoritate pignus occupandi, tamen si debitor facto vel verbis resistat, non rectè occupabit possessionem, nisi interveniente auctoritate iudicis.*

Tertiò obijcitur tale argumentum: Qui habet civilem possessionem, potest naturalem possessionem ingredi ab alio occupatam. *l. clam. §. qui ad mundinas. ff. de acq. poss.* Sed dominus rem emphyteuticam possidet civiliter. *Gl. in l. 3. §. ex contrario ff. de acq. poss.* Ergo licet illi emphyteutam propria auctoritate expellere. Resp. Ille demum qui naturalem possessionem iniuste occupavit, expelli potest, sicut loquitur *d. §. qui ad mundinas.* Sed quia emphyteuta voluntate domini naturaliter possidet, & iustum initium habet suæ possessionis, idè à domino non potest propria auctoritate expelli. Approbat hanc decisionem *Fachin. lib. I. contrò. iur. c. 95.*

ASSERTIO LXXXIII.

Dominus si post cessationem triennij pensiones accipiat ab emphyteuta, aut si pœnam stipulatus sit, ni pensiones soluat, potest emphyteutam nihilominus expellere.

PROBATVR prima pars thesis per *Auth. qui rem. C. de sacr. eccl. & §. si quis verò. No 120. vbi traditur, si emphyteuta ecclesiæ biennio non soluat canonem, potest à domino expelli, & præterea ad pensionem totius temporis præteriti solvendam tenetur.* Posterior pars probatur ea ratione, quia pœna adiecta est, ut aliquid ad obligationem accederet, itaque per hanc pœnam à beneficio eiectionis, quod iure communi competit, non censetur recessum. Cùm enim aliquid obligationi accidit, per hoc non est ab ea obligatione recessum. *l. 4. §. si ex conventionione. ff. de re iud.* Priorem sententiam comprobatur *Coras. ad l. 2. C. de iur. emph. num. 32. posteriorem verò tuetur Specul. ad tit. de emphyt. quest. 35. & Donel. lib. 9. Com. c. 15.*

Obijcitur

Obijcitur *l. post diem. ff. de l. commif.* vbi qui fundum vendidit sub lege commissoria, hoc est, nisi ad Calendas proximas pretium solvatur, fundus sit inemptus, si venditor petat pretium post diem legi commissoriae praestitutum, & deinde velit vti iure commissi, non auditur; quia non licet simul & pretium & poenam petere. *l. ult. ff. De eo quod cer. lo.* Ideò non licet ibi agere ad poenam commissi, & simul pretium petere, quia actor secum pugnat: nam petendo pretium, ratam facit venditionem: agendo ad poenam commissi, impugnat venditionem. Quod diversum est in emphyteusi. Itaque rectè petet pensiones iam debitas, & simul ager ad poenam commissi, beneficio à Lege sibi concessò. Pensio enim debetur pro usu temporis praeteriti ex conventionem, & ius expellendi conceditur illi à lege, ob cessationem emphyteutae.

Secundò obijcitur *l. 4. §. Labeo. ff. de dol. exc. l. ita stipulatus 115. de V. O. l. rescriptum 11. §. 1. de pact.* vbi dicitur non posse simul poenam exigere, & rem propter quam poena promissa est. Resp. Id obtinet, quando poena per se non stat, sed venit accessoriè ad principalem obligationem. Tunc enim perempta principali obligatione sortis, tollitur quoque accessoria obligatio poenae, usurarum, & id quod interest. *l. qui per collusionem. §. ult. ff. de act. emp. l. 4. C. de po.* Poena verò deiectionis ab emphyteusi non est accessoria, sed æquè principaliter petitur.

Tertiò obstat *l. vectigalia. §. ult. ff. de publ. & vect.* vbi dicitur, si conductor vectigalium, non exolvat pensiones, potest expelli à iure vectigalis, vel ad usuras pensionis conveniri. Ergo utrunque non rectè petitur, scilicet ut emphyteuta expellatur ab emphyteusi, & praeterea solvat annum canonem. Resp. Ibi de duplici poena tractatur, expulsionis nempe, & usurarum pensionis non solutae, quarum altera dominus debet esse contentus, ne duplici poena conductor afficiatur: hinc autem poena stipulatione promissa loco principalis debiti, seu annuae pensionis petitur.

ASSERTIO LXXXIV.

*Interitus totius rei emphyteuticæ spectat ad dominum,
particularis verò ad emphyteutam, neque ob sterilitatem fit remissio canonis.*

HÆc assertio stabilitur in *l. 1. C. de iu. emph.* vbi Zeno statuit totius rei emphyteuticæ interitum spectare ad dominum, partis verò ad emphyteutam. Ex quo sequitur, propter sterilitatem fructuum, vel hostium incursum & deprædationem non fieri remissionem canonis, sed quòd

quod sterilitas fructuum cedat damno emphyteutæ, quia sterilitas fructuum multum differt à totali rei interitu.

Obijcitur *l. ex conducto. §. Papinianus. ff. Loca.* vbi dicitur ob sterilitatem fructuum remissionem mercedis fieri in fundo vectigali. Resp. Hoc intelligendum est in simplicibus conductoribus publicorum fundorum, qui nihil à cæterarum rerum conductoribus differunt, non in emphyteuticis colonis.

Obstat etiam *l. 2. C. de alluv. l. forma. 4. §. 1. ff. de censib.* vbi dicitur, quod census & tributa iuxta augmentum & diminutionem rei crescant & decrescant. Resp. Hoc fit diversa ratione, quia non in recognitionem dominij, sed pro modo agrorum, & secundum cuiusque facultates tributa indicuntur. *L. cum possessor 5. ff. de censib. l. 2. C. de anno. & tribu. lib. x.* Potest & ita responderi, quod illa lex loquatur de augmento rei, quando scilicet ager alluvione accrescit, tunc pensio, quæ solvitur pro modo agrorum vel iugerum, quoque augeri debet. Diversum est, si fructus agri diminuantur vel crescant, propterea enim non debet canon emphyteuticarius augeri, vel minui. *Pulchrè Pinellus ad l. 2. C. de resc. vend. parte 1. cap. 3. num. 34.*

Tertiò obijcitur, quod etiam rei interitus pro parte contingens domini periculo eveniat. *per l. ult. §. fi. ff. de pig. act.* Resp. Pensio præstatur propter rem ipsam, quo videlicet dominium eius emphyteuta recognoscat à domino: ergò re prorsus extincta, perempta quoque pensio dicetur, velut causam non habens, qua nitatur. Atqui quamdiu superest res licet minima, durat quoque causa præstandæ pensionis. *l. si cui insula. §. 3. ff. de usufr. l. 3. C. de fund. patr. lib. xi.*

ASSERTIO LXXXV.

Emphyteusis inter plures emphyteutas inconsulto domino potest dividi.

PROBATVR hæc assertio *per l. 10. ff. Fa. ercis.* vbi dicitur, actionem familiæ erciscundæ locum habere inter plures heredes emphyteutæ, ad hoc, vt prædium emphyteuticum commune dividatur. Confirmatur etiam *per l. voluntas. C. de fideicom.* vbi traditur, quod licet pater prohibuit, ne liberi prædium extra familiam alienarent, tamen eius prædij partem frater potest sorori donare, & proinde prædium, quod prohibitum est alienari, dividi potest. Denique hæc sententia comprobatur ex eo, quod vassallus feudum dividere potest, nec per divisionem cadit in
O commiss-

commissum, nisi esset ducatus, comitatus aut marchionatus. *c. imperialem. §. praterea. de probi. feud. alie. per Fred.*

Obijcitur l. 7. ff. *Com. diu.* ubi dicitur, si inter plures emphyteutas fundus emphyteuticus sit communis, iudex abstinebit à divisione: ne diviso fundo præstatio canonis confundatur, id est, ne certus & perpetuus canon, qui quotannis integrè domino solet præstari, per partes recipiatur, cum præstatio partium magna habeat incommoda. l. 3. ff. *Fam. ercis.* Resp. cum Costal. *ad d. l. 10.* Quando plures heredes emphyteutæ prædium emphyteuticum habent commune, tunc hoc prædium in actionem familiæ erciscundæ quidem veniet, quia tota hereditas petitur dividi: sed iudex non poterit prædium certis regionibus dividere, id est, non poterit certis limitibus & finibus agrum emphyteuticum distinguere, ita ut quisque partem suam habeat, sed vni ex heredibus adiudicabit totum agrum emphyteuticum, cæteris condemnatione facta in precio. Idque idè receptum est, ne domino vectigalis prædij fiat fraus & iniuria, qui initio cum vno emphyteuta contraxit, solidumque canonem quotannis percepit: cuius conditio fieret deterior, si divisione facta, à pluribus particularim accipere cogeretur annuum canonem. Hanc sententiam probant *Accur. in d. l. 7. Bart. in l. qui Roma. §. duo fratres. ff. de V. O. ubi notat Alex. in addis. quod ista sit communis opinio DD.*

ASSERTIO LXXXVI.

Ususfructus non dominij pars est, sed servitus est.

TRADITUR hæc assertio expressis verbis in l. rectè dicimus 25. ff. *de V. S.* ubi dicitur etiam cum fundum totum nostrum esse, cuius ususfructus alienus est, quia ususfructus non dominij pars, sed servitus est. Propriè enim ususfructus non est pars fundi, sed ius & servitus. l. *et per insurandum, §. illud. ff. de accept. l. si à Reo. 70. §. si reo. ff. de fideius.* Servitus est qualitas fundi. Qualitates & accidentia, non sunt substantiæ partes. Itaque nec ususfructus est pars substantialis dominij, vel fundi.

Sed obijcitur l. qui ususfructum 38. ff. *de V. O.* ubi dicitur, cum qui usufructum fundi stipulatur, deinde fundum similem esse ei, qui prius partem, deinde totum stipulatur. Respondetur, quòd Iulianus non dicit eundem esse, sed similem esse, quia revera ususfructus fundi pars non est, fundus enim corporalis res est, ususfructus incorporalis. Sed idè hinc similis est, quia qualitas hæc, ususfructus scilicet, omnia fundi emolumenta continet, idèque partis instar est.

Secundò

Secundò obijcitur *l. 4. ff. de vsuf.* ubi apertè traditur, vsumfructum partem dominij esse, sed additur hoc in multis casibus obtinere. Nam hoc erum est, si vsumfructus cum suo dominio sit coniunctus, tunc enim qui dominus est proprietatis, idem etiam vsumfructus dominus est, quia plenam habet proprietatem. Itaque quoties pactis vel testamento agitur, ut dominium fundi in aliquem transferatur, tunc nisi nominatim vsumfructus exceptus est, etiam fundi & dominij appellatione vsumfructus contineri intelligitur. Vnde cum vni legatur fundus, & alteri vsumfructus, ambo concurrunt in vsumfructu fundi. *l. si alij 19. ff. de vsuf. leg.* Hinc etiam fundi legato, cuius vsumfructus erat alienus, heres non liberatur nisi & vsumfructum legatario dederit. *l. Marus 66. §. pen. l. cum filius 76. §. dominus. de leg. 2.* Ibi additur elegans ratio, videlicet quod et si vsumfructus in iure, non in parte consistat, tamen emolumentum rei continet, item quod fructus portionis instar obtinet. Sic denique qui promittit fundum, etiam vsumfructum tanquam dominij partem præstare tenetur. *d. l. qui vsumfructum.* & reo obligato in fundum, fideiussor in vsumfructum rectè accedit. *d. §. reo.* Vide latius de hac quæstione *Donel. lib. 9. Com. c. 9. & lib. 10. c. 2. Cuiac. ad sylvius 27. §. item si pactus. ff. de pact. & ad l. 58. de V. O.*

ASSERTIO LXXXVII.

Fruetibus annuis fundi legatis, vsumfructus legatus censetur.

QUÆRITVR. an si quis annuos redditus vel fructus fundi legat, vsumfructum legasse censeatur? Et verius est, vsumfructum fundi his verbis constitutum censi. *tex. est in l. si quis 20. ff. de vsuf.* Idem traditur in *l. cum ira 41. ff. de vsuf. leg.*

Sed obstant duo responsa ICtorum. Imprimis *l. fundi 38. ff. de vsuf. leg.* Ibi deciditur, hac formula legati; Vxori meæ quoad vivat, fundi redditus dari volo: non censi relictum vsumfructum, sed heres ipse percipiet fructus, eosque redactos singulis annis, suo ministerio dabit legatario. Resp. ibi distinctione. Aut testator dixit, Fructus seu redditus fundi illius dabo; & hoc casu vsumfructus censetur legatus, quia testator facit fructuario plenam potestatem propria auctoritate fructus percipiendi. Hæc potestas faciendi, & sumendi ex alieno, invito domino, servitutem & vsumfructum constituit. *l. quoties 15. in fi. ff. de servit.* Aut testator ita dixit, fructus illius fundi ab herede illi dari volo; & hoc casu non censetur vsumfructus legatus, quia non potest legatarius in fundo habere, & proprio arbitrio percipere

percipere fructus, quod proprium & peculiare est ususfructus. l. 7. ff. de usufr. sed ex manibus heredis eos percipere & consequi debet.

Secundò adversatur l. defuncta 58. §. 1. ff. de usufr. vbi testator ita scripsit, Sempronio do lego ex redactu seu reditu fructuum, quos habeo in illo agro, partem sextam. Respondet Scævola, non usumfructum, sed ex eo quod redactum esset, partem sextam legatam, nempe quam præstet hæres, non quam legatarius iure ususfructus percipiat. Resp. Aliud est legare annuos fructus seu redditus, quo casu ususfructus legatus censetur, quia servitus est, vt ante dixi: facit enim testator legatario fructuum sumendorum & percipiendorum facultatem. Aliud est legare ex redactu seu reditu fructuum partem aliquam. Hoc enim casu non censetur potestas redigendorum fructuum collata legatario, sed ipse heres prius percipiet & rediget fructus, deinde partem ipsorum præstabit legatario. Et ita tot capitula inter se adversantia rectè conciliantur. Donel. lib. 16. Com. c. 5. Costal. ad d. l. si quis 20.

ASSERTIO LXXXVIII.

Fructus sine usu esse non potest.

QUÆSTIO hæc, an fructus possit sine usu constitui, dubia & controversa fuit inter ipsos I C^{tos}. Nam in l. si alij 42. ff. de usufr. & in l. per servum 14. §. 1. ff. de usu & hab. statuitur fructum sine usu esse non posse. Contrarium in l. 5. §. 1. ff. de usufr. quem. cau. asseritur, vbi deciditur fructum sine usu obtingere posse. Hæc antinomia potest hac distinctione conciliari. Aut usus accipitur pro vniuersa vtendi facultate & commoditate, & talis usus non potest ab usufructu distingui, seu separari. Aut usus accipitur pro separata specie servitutis, quæ est ius vtendi rebus alienis ad necessitatem tantum, & totam rei commoditatem non absorbet, & hic usus potest ab usufructu separari. Fructuarius igitur cui fructus sine usu legatus est, usum habere non desinit, sed tamen illud tantum habebit, quod plus est in usu alterius, hoc est, deducto usu alterius. Costal. ad d. l. si alij. Vide aliter hanc legum pugnam conciliatam apud Alciat. lib. 2. Parerg. c. 3. Item aliter adhuc has leges conciliatas habes apud Cuiat. lib. Obs. 8. cap. 9. Gilbertum Regium lib. 1. ἐναντιοφανῶν. c. 11.

ASSER-

ASSERTIO LXXXIX.

*Testator non potest usufructuario remittere cautionem
fructuariam earum rerum quæ usu consumun-
tur, in præiudicium heredis.*

NE usufructuarius rem in vsumfructum datam perdat, aut corrupat, cogitur cavere domino proprietatis, se vsum fructurum boni viri arbitrio, & finito vsumfructu restitutum quod inde extabit. *l. 1. & 7. ff. Vsufr. quem. cau.* Aded autem præcisè tenetur usufructuarius anc cautionem præstare, vt non possit testator, qui legavit alicui omnium suorum bonorum vsumfructum, hanc cautionem remittere. legatario, in præiudicium heredis. *tex. est in l. 1. & 4. C. de vsufr.*

Sed huic assertioni opponitur *l. scire. & l. 2. C. Vt in poss. lega.* vbi traditur, quod cautio, quam heres legatorum nomine, quæ sub conditione vel in diem relicta sunt præstare tenetur, testamento remitti potest. Ergo & eodem iure hæc cautio fructuario remitti potest, quia vtrique pertinet ad eam privatam, & ius defuncti. Resp. Propter duplicem causam fructuaria cautio à testatore remitti non potest, tum quia amoto cautionis metu incitatur fructuarius ad delinquendum, puta ad abutendum re fructuaria, & pro libidine in ea grassandum, tum quia introducta est in favorem heredis. Sed cautio legatorum nomine introducta est in favorem testatoris, deoque testamento remitti potest. Adde quod facilius abutuntur fructuarij, re in vsumfructum relicta, quam heredes: legatis sub conditione relicta, quia heredes sperant legata sub conditione relicta, deficiente conditione apud se remansura.

Verùm adhuc instatur contra hanc solutionem, quod testator potest prohibere Falcidiam, quæ tamen in favorem heredis est inuenta. *Auth. sed cum testator. C. Ad L. Falcid.* Resp. Falcidia potius favore ipsius testatoris est introducta, ne decedat sine herede: quod fieret, si heredi non concederetur aliquod commodum, propter quod hereditatem adiret. Denique sciendum, quod licet testator non possit cautionem fructuariam remittere, heredem tamen posse huiusmodi cautionem remittere. *arg. l. potest 71. ff. ad. L. Falc.* quia est favore heredis introducta, quilibet autem potest favori pro se introducto renunciare. *l. pen. C. de pact.* Ita decidit *Accur. in l. 1. C. de vsufr. refragante Bartolo.* Approbat hanc sententiam *Exchymanus lib. 8. contro. iur. c. 42. & 43.* Vide latius de hac quæstione *Donel. lib. 10 comment. c. 4.* Postremò obijciunt *l. 6. § non autem & l. ult. §. sin autem es alienum. C. de bon. qualib.* vbi in vsumfructu bonorum adventiorum filijfam. remittitur patri, vsum fructuario

cautio fruct. i. i. i. Resp. Ea cautio remittitur non à filio, sed à lege. Deinde ratio etiā singularis subest, quare patri à lege cautio remittatur, quia nempe id mereatur reverentia patri debita, itemque amor & pietas parentum in liberos, quæ non patiuntur quicquam mali & sinistri de parente suspicari aut metuere. *d. §. fin. autem es alienum.* Et hæc sententia, quod usufructuarius teneatur ad præstandam cautionem, licet eam testator, in testamento remisit, iudicando approbata est in curia provinciali Hollandiæ referente Peregrino à loo Senatore, Ita relatū extat in decision. curiæ Holl. decis. 20.

ASSERTIO XC.

Usufructuarius ius vendicandarum servitutum habet.

IN hac quæstione, An usufructuario competat actio confessoria pro vendicandis servitutibus fundo fructuario debitis, parum sibi videntur constare IC^o. Nam in *l. 1. §. item Iuliano. ff. de remis.* traditur, fructuario jus esse vendicandarum servitutum. Contrarium in *l. 1. in princ. & l. uti frui. §. verum ff. si usufr. per.* disertè scribitur. ubi ait I. C. Vlpianus fructuarium servitutem fundo fructuario debitam vindicare non posse, sed eum vsumfructum vindicaturum. Accursius dupliciter hanc antinomiam dissolvit: primò, ut directam actionem confessoriam pro servitute usufructuarius non intendat. *d. l. 1. & d. §. verum.* utilem verò proponere possit. *d. l. 1. ff. de remis.* Secundò, vindicationem servitutis fructuario principaliter non competere, secus in consequentiam, vendicando scilicet vsumfructum, qua vindicatione consequetur, ut vicinus pati debeat eum servitutibus uti. Multa enim principaliter prohibentur, quæ in consequentiam conceduntur. *l. 1. ff. de auct. tutor.*

Rectius *Coras. in l. ei qui. ff. de servit.* existimat fructuarium suo nomine servitutem vendicare non posse. *d. l. 1. & d. l. uti frui.* at nomine domini jus vendicationis habere. *d. §. item Iuliano.* Quam sententiam comprobatur, quod in *d. §. item Iuliano*, subiicitur, quòd novum opus vicino fructuarius nunciare poterit. Quod alibi Vlpian. exponit, si procuratorio nomine domini nuntiet fructuarius novum opus: nam suo nomine non potest. *l. 1. §. fin. ff. de no. op. nun.* Quoniam igitur fructuarius jus duntaxat habet in usufructu, ratione cuius tantummodò agere poterit, nequit & servitutem vendicare. Nam cum usufructus servitus sit, si servitutem præterea peteret, servitutis diceret esse servitutem, quæ petitio admittenda non est. *l. 1. ff. de usu. & usufr. lega.* Vide latius & plenius de hac quæstione differentem. *Vulteiū libro disputationum scholasticarum. c. 18. Rober. lib. 2. recept. iur. civ. leA. c. 12. Fachin. lib. 8. contro. iur. cap. 50. Zuarez lib. 1. obser. c. 20. Iul. Pacium ἐναγιοφρων centur. 7. q. 19.*

ASSE-

ASSERTIO XCI.

Vsufuctuarius vsumfructum alienare non potest.

QUOD vsufuctuarius non possit vsumfructum alienare, vendere vel gratis concedere, probatur apertè per tex in §. finitur. *Inst. de vsufr. & l. si vsusfructus 66. ff. de iu. dot. & l. vsufuctu. 9. C. de vsuf.*

Sed contraria sententia, quòd liberè vsusfructus alienari possit, plurimum probatur. per *l. arboribus 12. §. vsufuctuarius, & l. cui vsusfructus 67. ff. de vsufr.* vbi dicitur, vsufuctuarium vel ipsum frui ea re, vel locare, vel vendere, vel alij fruendam concedere posse. Resp. Hæ leges sunt ita conciliandæ, quod vsufuctuarius commoditatem percipiendorum fructuum teri quidem vendere, locare, aut donare possit, sed ipsum ius vsusfructus alienare non potest. Itaque in primo vsufuctuario ius vsusfructus manet, commoditas autem percipiendorum fructuum ad emptorem, conductorem aut donatarium transibit. Quamdiu ergo viuit prior vsufuctuarius, qui vsumfructum alienauit, durabit hæc commoditas apud accipientem, illo vero mortuo finietur; quia resolutio iure dantis, resolutur ius accipientis, *l. Lex. vectigali. ff. de pign.* Hæc sententia expressè confirmatur à compositio in *d. l. si vsusfructus. ff. de iu. dot.* vbi dicitur, quod maritus, qui vsumfructum à domino proprietatis in dotem accepit, hoc modo mulier post diuortium reddet vsumfructum, vt vel locet, vel vendat hunc mueri vno nummo, vt ipsum ius vsusfructus maneat penes maritum, perceptio verò fructuum ad mulierem pertineat. Idem apertè traditur in *l. neffario. §. fin. ff. de peri. & com. rei vend.* Approbat hanc conciliationem. *Anton. Gomez. 2. Var. resolut. c. 15. nu. 17. Franciscus Sarmient. 3. select. c. 9. nu. 2. Francisc. Homad. §. 1. Inst. de vsu & habit.*

Quæritur autem, an si vendidit vel cessit vsufuctuarius extraneo, ipsam vsusfructus, amittat vsumfructum. Quod videbatur prima facie dicendum ex *d. l. si vsusfructus. ff. de iur. dot.* ubi dicitur, cessione vsusfructus extraneo facta nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reuerti vsumfructum. Verùm hoc ita accipiendum est, vt tunc demum ad proprietarium redeat vsusfructus, si legitimo modo sit extinctus. Iniquum enim esset, cum nullum delictum, nulla vis insit in cessione, eo facto uempiam ius suum amittere. *canon prestat. de R. I. in 6. l. ea quidem. C. Si man. it. & alie.* Præterea iniquum esset dominum proprietatis locupletari cum terius scilicet fructuarij iactura ex alieno facto. *l. 206. dereg. iur.* Quam interpretationem comprobat & *d. l. si vsusfructus*, vbi *I. C.* ait, ius ipsum manere

nere penes ipsum maritum fructuarium. Ita not. rectè Vvesem. in parat. ad cit.
Quano. vsufr. am. Giphæ ad §. finitur. Inst. de vsufr.

ASSERTIO XCII.

*Omnes seruitutes longi temporis præscriptione acquiruntur,
 remota distinctione DD. inter continuas &
 discontinuas.*

QUOD ad præscriptionem seruitutum attinet, distinguunt DD. inter continuam & discontinuam. Seruitus continua est, quæ facta & industria hominis opus non habet, sed semel constituta semper durat: cuiusmodi est ius tigni immittendi, item altius ædificandi, vel stillicidii recipiendi. *l. foramen. ff. de seru. vrb. præd.* Hæ seruitutes longo vsu & diuturna quasi possessione præscribuntur, decem annis inter præsentēs, viginti inter absentes. *l. 2. C. de seru. l. si quis diuturno ff. Si ser. vend.* Discontinuas sunt, quæ non habent causam continuam, sed quarum vsus intermittitur, sicut est ius eundi, agendi &c. Hæ seruitutes quia opera & manu hominis indigent, non possunt habere causam perpetuam, & ideo non nisi tanto tempore, cuius initij memoria non extat, præscribuntur. *l. 1. §. vlt. l. 2. §. idem Labeo. ff. de aq. plu. arc. l. 3. §. ductus aquæ. ff. de aq. quot. & ast.* Hæc est communis DD. distinctio, quæ tamen si ad limam veritatis reuocetur, subsistere non potest: omnes enim seruitutes prædiorum perpetuam causam habere debent, id est, talem conditionem, vt suapte natura & potentia vsus earum continuari possit. *d. l. foramen.* Verius itaque, & legibus magis consentaneum est, quod omnes seruitutes etiam discontinuæ longo tempore præscribantur: contra Accursij, Bartoli, & aliorum sententiam. Confirmatur hæc sententia per *d. l. si quis diuturno. vbi Vlpian.* indistinctè scribit, seruitutes longa siuasi possessione, & diuturno vsu acquiri. Idem habetur in *l. 5. de rin. actus. priu. l. 1. §. vlt. ff. de aq. plu. arc.* vbi seruitutes longa quasi possessione generaliter acquiri dicuntur. Similiter in *l. 2. C. de seru.* seruitutes longo tempore acquiri, exemplo rerum immobilium constituitur.

Huic tamen sententiæ obiicitur *l. 14. ff. de seru.* vbi Paulus negat seruitutes longo tempore vsucapi, quod & idem. in *l. 4. §. si viam & §. vlt. ff. de vsuca.* respondit. Sed hæc responsa ita sunt concilianda, quod iure veteri seruitutes in vsucapionem non cadebant, quia siue possessione continua nulla procedit vsucapio, *l. 25. ff. de vsuca.* incorporales autem res, vt sunt seruitutes, possideri non possunt. *l. seruus. §. incorporales ff. de acq. re. do. ergo*

ec vsucapi. Sed cū non poterant vsucapi, diuturno tamen vsu, & longa uasi possessione præscribentur, vsus enim earum possessionis loco est.

l. si quis diuturno. Inter quam longi temporis præscriptionem, & vsucapionem multum iure veteri intererat: vsucapio enim plenum dominium diiciebat. *l. Iulianus 17. ff. de rei vend.* præscriptio verò utile dominium tantum, & exceptionem vel utilem actionem concedebat. *l. si quis emtionis §. C. præs. 30. an. d. l. si quis diuturno.* Vsucapio rerum tantum erat corporaliū, & earum quæ sunt in solo Italico *l. vsucapionem. ff. de vsucap.* præscriptio verò longi temporis in vectigalibus tributarijs, & prouincialibus prædijs obtinebat *l. si finia §. si de vectigalibus. ff. de dam. inf. l. cum sponsus. §. in vectigalibus. ff. de ubl. act.* Illa sine titulo non procedit, in hac de titulo docere non est necessesse, *d. l. si quis diuturno. Hotom. lib. obs. 3. c. 25.* Hanc conciliationem probant. *Guare. Costal. & Charon ad d. l. seruitutes. Longoual. ad d. l. imperium. Donel. lib. xi. m. c. xi.* Sed Justinianus sustulit has intricatas subtilitates, & constituit, ut indifferenter omnes seruitutes longo tempore vsucaperentur, eodemque tempore non utendo amitterentur. *l. vlt. C. de lon. tem. præs. l. vnic. C. de vsu. l. transfor. VVesem. in parat. de seruit. num. 5. Anzon. Fab. lib. 19. coniect. iur. c. 9. 10.*

II. Collabascit ergo DD. distinctio inter præscriptionem seruitutum continuarum & discontinuarum. Ratio DD. fuit hæc, quia singularium actuum interruptio possessionis continuationem interrumpit: quæ facile ex eo refellitur, quod & in seruitutibus personalibus, ut vsufructu, actus sunt discontinui, & tamen longo tempore præscribuntur. Respondendum itaque ad eam DD. obiectionem, cum *Wesem.* quod sicut in personalibus seruitutibus, ita & in realibus, potius inspicitur animus possidens, cui debetur seruitus, quam actuum interuallum: qui animus semper sit continuus, licet actus seruitutis aliquando intermittantur.

Secundò repugnat. *l. 3. §. ductus aqua. ff. de aq. quo. & est. vbi Pomponius respondit, aqueductum, cuius origo memoriam hominum excedit, constituti loco haberi.* Resp. Per hoc IC. non negat, quin breuiori tempore acquiri possit seruitus: sed hoc affirmat, tempus immemoriale habere vim iniuriei, ut qui vsus sit seruitute, tempore tam longæuo, non opus habeat docere de iure suo, titulo, vel bona fide, quia vetustas vicem constitutæ seruitutis obtinet. *l. 1. §. vlt. l. 2. & l. vlt. ff. de aq. plu. arc. Mins. cent. 1. obs. 30. Guare. lib. 1. disp. c. 34.*

Tertiò obijcitur *l. foramen. ff. de seru. urb. præd.* vbi dicitur, quod omnes seruitutes debent habere causam perpetuam & additur, nisi habeant causam perpetuam: tempore acquiri non possunt. Vnde videtur colligi, seruitutes discontinuas non vsucapi. Resp. Seruitutum quidem debet esse causa perpetua & naturalis, sed non continua, hoc est ea debet esse conditio ser-

P

uitutis

ututis, ut ea uti possimus perpetuò, siue actu, siue potentia. Hoc ergo asseritur tantum *in d. l. foramen*. quòd omnes seruitutes debent habere perpetuam & naturalem causam, ut scilicet aptitudine & potentia perpetuò iis uti liceat. Quod habet causam naturalem, perpetuò fieri intelligitur, etsi non fiat assidue, quia naturæ causa certa est, atque perpetua. Exempli gratia: Stillicidii vel fluminis immittendi seruitus ex aqua pluvia, perpetua est, etiamsi non pluat assidue: quia hæc res ita ex natura pendet, ut semper placere possit. Quod verò facto & manu opus habet, perpetuò fieri non intelligitur. Vnde non potest talis seruitus tempore acquiri, ut liceat mihi foramen habere in imo pariete, per quod proluuiem pavimenti mei in ædes vicini immittam, quia non est eius aquæ constans & naturalis causa. *d. l. foramen & ibi Duare. Cuiac. lib. Obs. xi. c. 3.*

Denique obstat *l. 1. & tot. tit. ff. de itin. actus priv.* ubi traditur, quod usu 30. dierum seruitutis possessio etiam in discontinuis quæri videatur. Resp. In eo interdicto non agitur de iure possessionis, ad quod acquirendum longo tempore opus est *l. 2. C. de lon. tem. præfor. l. 2. C. de seruit.* ut Vlpian. ostendit in *l. apparet. §. §. pen. ff. de itin. actus priv.* sed de simplici usu itineris & viæ rusticæ, quam ob commoditatem transuehendarum frugum atque fructuum, non impediri ei, qui x x x. diebus usus esset, visum fuit utilius, donec scilicet de iura possessionis plenius fuerit cognitum.

ASSERTIO XCIII.

*Ad præscriptionem seruitutum, non opus esse titulo,
contra DVARENVM, verius est.*

PROBATVR hæc decisio per *l. si quis diuturno. ff. Si ser. vend.* ubi dicitur, quod qui longo tempore ius aquæ ducendæ nactus fuerit, non cogitur docere de iure suo, id est titulo, ut ibi annotat Accur. Idem in *l. fin. ff. de aq. pl. arc.* traditur, quòd vetustate aqueductus acquiratur, etiamsi ius non probetur. id est titulus. Idem probat *l. apparet §. §. si quis. de itin. actus priv.* ubi dicitur, si quis iure impositam seruitutem non habeat, habeat autem longæ possessionis prærogatiuam, id est præscriptionem, poterit de itinere actusque priuato experiri. Hoc saltem opus est, ut qui seruitutem sibi adserit, ea per longum tempus usus sit, & bonam fidem in præscribenda seruitute habuerit, hoc est, non vi, non clam, non precario seruitutem acquisiuerit, his enim tribus modis mala fide possidetur, *l. Pomponius. §. ff. de acq. pos. Cuiac. ad l. 4. in si. ff. de vsuca.* Ratio huius decisionis est, quia in præscriptione requiritur taciturnitas & patientia aduersarii, quæ loco

oco tituli habetur: per patientiam enim inducitur præsumentus consensus, & ficta quædam concessio, quæ tantum operari debet, in rebus incorporeis, quantum expressa in rebus corporalibus. *arg. l. Labeo. 19. ff. de acq. plu. 76.* Patientia enim aduersarij certum præbet impositiæ aliquando seruitutis argumentum, quia cum tamdiu tacente & patiente domino vsi suus seruitute, eo volente censemur ius vsucaptum acquisiuisse. Ex diuturna enim taciturnitate, patientia & longo vsu, præsumentur consensus, & titulus. *l. qui in aliena. §. 1. vbi DD. ff. de acq. her. l. si filius. C. de pe. her.*

Obijcitur *l. 2. C. de seruit.* vbi ait Imp. seruitutes quæri exemplo rerum immobilium. Sed res immobiles præscriptione non nisi titulo acquiruntur. Ergo & seruitutes. Resp. Verba illa, exemplo rerum immobilium, non ad titulum requiruntur, sed ad tempus, quod scilicet seruitutes, præscriptione longi temporis acquiruntur, sicut res immobiles. *l. ult. in fi. C. de resc. long. temp.* vbi dicitur, eodem tempore præscribi seruitutes, quo res immobiles præscribuntur. Planè vno casu in seruitutibus præscribendis, non est necessaria patientia eius, contra quem præscribitur; quando videlicet quis præscribit cum titulo habito à non domino, quia tunc non requiritur domini patientia. *tex. est in l. si ego. §. 1. in verb. traditis, vel per patientiam concessis. ff. de pub. act.* Quod dictum pro singulari & menti perpetuò tenendum refert. *Castren. in l. seruitutes. num. 9. ff. de seruit. Grauet. de antiq. imp. par. 4. c. 3. num. 21.*

Pulchrè hanc sententiam confirmat Faber *lib. 19. coniect. iur. c. 9. 10. & 11.* Porro sciendum, quod hæc assertio tantum procedat in seruitutibus rebus, nam ad præscriptionem seruitutum personalium, vti est vsusfructus quia est pars dominij, omninò titulo opus est. *l. 4. ff. de Vsufr. l. celsus, & l. nulla. ff. de vsuca.* Ita tradunt, Ludo: Maynus *lib. 1. de action. c. 14.* Costal. ad *l. si quis diuturno. ff. Si serv. vind.* vbi notat idem Dyno, Bartolo, & Panormitano placuisse. Probat Salic. in *l. 1. C. de seruit.* Cæpol. in tract. de seruit. *c. 20. & nouissimè Fachin. b. 13. contro. c. 83.*

ASSERTIO XCIV.

Ob omnes seruitutes tam urbanas quam rusticas nouum opus nuntiari potest.

PROBATVR hæc sententia per *l. 1. §. item Iuliano. ff. de remis.* vbi dicitur, Jus nuntiandi nouum opus habet, qui aut dominium, aut seruitutem habet. Nec distinguitur, an ea sit urbana seruitus an rustica, cum cerdiuerſitatis ratio reddi nulla possit. Probat idem *l. in iudicio 47. ff. Fam.*

ercisc. vbi dicitur, si dum res in arbitrio est, de jure prædii controuersia est, placet omnes eos, inter quos arbiter sumtus est, opus nouum nuntiare pro sua quemque parte posse.

Obiicitur *l. qui viam. ff. de no. op. nunc.* Vbi dicitur, quod qui viam habet, opus nouum nuntiare non possit. Resp. Cum in suo prædio quis ædificat, non aliter ei nuntiaripotest nouum opus, nisi opus nuntianti obesse appareat. *l. 5. §. meminisse. ff. de no. op. nunc.* Ideoque seruitutis nomine tum nuntiaripotest nouum opus, cum probatum fuerit opus nuntianti impedimento esse, quo minus seruitute sibi debita vtatur. Quod fiet, si actione confessoria intentata, prius probet seruitutem sibi deberi in eo loco, in quo vicinus vult ædificare. Probato itaque eo, quod per ædificationem nocetur seruituti, aut ea prorsus tollitur & impeditur, tunc licebit nouum opus nuntiare. Hoc autem probabitur intentata primum actione confessoria, qua docebit seruitutem viæ per eam agri partem sibi competere, in qua ædificium aduersarius molitur. Ante verò seruitutis probationem, nuntiaripotest nouum opus non potest, & si quis nuntiet, nihil agit, id est, nouum opus non inhihet, verum actione confessoria prius instituta seruitutem vindicare non prohibetur, qua probata nuntiabit nouum opus. Hæc solutio probatur per *l. si eo loco 9. ff. Si ser. vend.* Vide latius de hac questione differentem *Alcia. lib. 3. Parerg. c. 3.* qui existimat, speciale esse in rusticis seruitutibus, vt non nuncietur nouum opus, idque receptum est propter discontinuum vsum, cum non tantum intersit. *Aliter Cuiac. lib. 10. Obs. c. 17.* nec non *Coras lib. 5. Miscel. c. vlt. Faber lib. 19. coniect. c. 5.* Vide *Vandum lib. 1. variar. quest. iur. c. 5.* qui solutioni ff. ad *l. qui viam à me allata* planè ad stipulatur. Eandem solutionem confirmat. *libro 2. de ambiguit. iur. c. 2. Resardus.*

ASSERTIO XCV.

Urbanum prædium distinguit à rustico, non locus, sed materia.

VRBANA prædia dicuntur, non ea quæ in vrbe tantum sunt extructa, sed omnia ædificia habitandi causa facta, siue in vrbe, siue ruri extra urbem, in villis, vicis & pagis. *l. 1. ff. Com. præd. l. urbana 198. de V. S.* Rustica prædia sunt, quæ fructuum percipiendorum & colligendorum, vel pecorum custodiendarum gratia sunt constructa: vt sunt stabula, horti, vineæ. *d. l. urbana.* Sed huic sententiæ vehementer aduersatur Neratius in *l. eo iure. §. stabula. ff. In qu. cau. pig. tac. cont.* vbi stabula urbana prædia esse affirmat. Hæc antinomia ita videtur probabiliter conciliari posse, quod
stabula

abula in duplici significatione accipiantur. Aut enim significant diuer-
 oria & tabernas, quibus viatores hospicio excipiuntur, & tunc stabula in-
 r ædificia seu prædia urbana computantur, inuectæque & illata hoc casu
 omino stabuli tacite pignori obligata erunt. Sic accipi debet. *d. §. stabula.*
 ic quoque stabula pro diuersoriis hominum mansioni comparatis acci-
 iuntur in. *l. vnic. §. fin. ff. Furt. adu. naut. caup. stab.* Aut stabula significant
 tationes iumentorum equorumque causa paratas. *l. 13. in fi. ff. de usufr.* &
 unc pro rusticis prædiis accipiuntur. *l. 5. ff. Nan. caup. stab.* quia hæc stabula
 ob rusticum usum habentur. Rusticum nanque prædium ab urbano qua-
 itate, hoc est, usu & fine secernitur. *l. si prædium 16. C. de præd. & al. reb. mino.*
 itaque urbanum prædium dicitur omne ædificium, quod ad urbanum
 usum, hoc est, inhabitandi, recreandi, mercaturæue gratia habetur, siue
 in vrbe, siue ruri sit positum. Contra rusticum prædium cenletur, quod
 usum rusticum præbet, ut pote quod fructuum percipiendorum, agrorum
 colendorum, aut pecoris recipiendi gratia paratum est. Ita tradit *Alcia. ad*
d. l. urbana. V. esemb. in parat. ad tit. ff. de serv. urb. præd. Subtilius tamen & exa-
 ctius *Connan. lib. 4. Com. c. 10. num. 7. & Godæus ad d. l. urbana. de V. S.* ita distin-
 guunt. Quando stabula meritoria conficiuntur, ut pecora & armenta re-
 cipiantur: sunt quidem rustica prædia, si secundarium finem respicias. Ve-
 rum si primarium stabulorum finem attendas, sunt urbana prædia, quia eo
 præcipue fine sunt constructa, ut mercedis ergo recipiantur pecora. Quæ
 mercedis perceptio efficit, ut sapiant naturam urbani prædii, quia fructus
 præcipuus eorum stabulorum in mercede ac commercio consistit, quæ
 usus est urbanus, non rusticus. Ideoque quoad taciti pignoris causam, ha-
 bentur stabula meritoria pro prædiis urbanis, ita ut pecora etiam à con-
 ductore illata tacite pignori obligentur. *d. l. eo iure. §. stabula. ff. In qu. cau. pig.*
tac. contr.

ASSERTIO XCVI.

Servitutes reales sine prædijs non possunt constitui.

IN *l. 1. ff. Com. præd. & §. Idem. Inst. de serv. rust. præd.* dicitur, servitutes præ-
 diorum sine prædijs constitui non posse.

Contrarium dicitur in *l. si servitus 23. §. ult. ff. de serv. urb. præd. & l. La-
 beo 10. ff. de ser. rust. præd. & l. fundum 46. §. si per alienum. ff. de evict. In. d. §. ult. &
 d. l. Labeo ait 1 C. quod servitus etiam futuro ædificio imponi possit. In §.
 si per alienum, dicitur, si per alienum fundum, viam aliquis constituerit,
 quod ille evictionis nomine stipulanti obligetur. Resp. Servitus ut sta-*

tim pro constituta habeatur, sine prædijs existentibus constitui nequit. d. l. 1. At promitti per stipulationem vel pactum etiam potest sine fundo. *l. heredes. §. an ea. & §. seq. ff. Fam. ercis.* ex qua promissione non reale, sed personale ius coalescit. *l. Lucius ff. de serv. rust. præd.* Sic de alieno fundo servitus promitti potest, quo casu non tenebit servitus, sed de evictione erit personalis actio. Identidem & futuro ædificio rectè promittitur servitus, non ut nunc valeat (neque enim sine prædio potest consistere) sed valebit cum domus erit ædificata.

Secundò opponitur, quod servitus aquæductus non semper in hæret prædio. *per l. 1. §. præterea Labeo. ff. de aq. quot & est.* ubi I C. Vlpian. ait, quòd quidam ductus aquarum non sunt fundi, quia quocunque duci possunt. Vnde apparet aquæductus aliquando non fundi esse, hoc est, prædio sive fundo non inhærere, sed personæ: & tamen aquæductus est servitus rustici prædij. *l. 1. ff. de serv. rust. præd.* Idem dicitur de servitutè aquæ haustus in *l. Mela. §. quidam. ff. de ali. lega.* ubi refertur aquæ haustus inter servitutes personales, cum tamen in *l. si mihi 20. §. fin. ff. de serv. rust.* ius hauriendi dicatur, non hominis sed prædij. Resp. Servitutes aquæductus & aquæhaustus prædiorum esse, ubi prædijs debentur: at ubi non prædijs, sed personæ debentur, personarum sunt d. §. quidam & d. §. præterea. Sed adhuc vehementer urgentur verba. d. §. quidam, ubi sic I C. scribit. Nam etsi haustus aquæ est servitus, personæ tamen ei qui vicinus non est, inutiliter relinquitur. Resp. Colon est ponendum post verbum servitus & ita legendum, nam etsi haustus aquæ est servitus, personæ tamen ei, &c. Quibus verbis vult dicere I C. servitutem prædij constitui non posse nisi vicino. At hæc servitus aquæ haustus non prædij est, sed personæ, ubi ei qui vicinum fundum non habet, est relicta, cui ea ratione non inutiliter relinquitur, arg. *l. pecoris. & l. seq. ff. de serv. rust. præd. Coras. in rub. de servit. num. 32. Donel. lib. 11. Com. c. 7.*

Terriò opponitur *L. Lucius ff. de serv. rust.* ubi dicitur, quod aquæductus, quæ realis est servitus, personæ non prædio debetur. Resp. Non est novum, servitutem suapte natura realem, propterea quod ad personam referatur & constringatur, fieri personalem. *l. cum servus 39. §. si quis alicui. de leg. 1.* ubi servitus lapidis cædendi, quæ sui natura realis est. *l. ergo. & l. veluti. ff. de serv. rust.* propter relationem factam ad personam, dicitur personalis. Porro in *L. Lucius* facta est concessio personalis, quia usus aquæ, non ad domum modò, quæ in Isthmo erat, sed ad quemcunque alium locum concessus erat: ut meritò intelligatur concessionem non contemplatione prædij, sed personæ factam esse. Ea enim est natura servitutum præsertim rusticarum, ut non nisi respectu vicini fundi & ad eius necessi-

tatem

atem constitui queant, seu quatenus ad ipsum fundum opus est. *d. l. ergo.* Cum itaque in *L. Lucius*, concessus fuerit usus aquæ vicino ad fundum eius, & præterea quocunque ducere velit, dici non potest propriè servitus realis. Est ergo potius personalis quædam concessio, quæ idcò non transmittitur ad heredes. *l. usus aquæ. ff. de usu & hab.* Præterea in concessione servitutis aquæductus usus est *I. C. in d. l. Lucius* his verbis. *χαρίζομαι σοί,* gratificor tibi. Ex quibus verbis apparet, ibi de personali concessione servitutis aquæductus esse actum. Vnde ad heredes aquæductus hoc modo concessus non transmittitur; *Cofal. ad d. l. Lucius.* Approbat hanc sententiam *Alcia. lib. 2. diffunct. c. 7.*

ASSERTIO XCVII.

Servitutes omnes prædiales perpetuam causam habere debent.

NATURA omnium servitutum realium seu prædialium hæc est, ut perpetuam causam habere debeant, sin minus actu, at certè potentia. *l. foramen 28. ff. de serv. urb. præd.* ubi dicitur, quòd non potest talis servitus constitui, ut foramen in imo pariete conclavis mei habere mihi liceat, per quod possit proluvia pavimenti mei in ædes vicini immitti. Ratio est, quia non est eius aquæ constans & naturalis causa, sed operam & manum hominis desiderat. Aqua enim quæ proluendi pavimenti causa adhibetur, non est perpetua, quia manu iniicitur. Talis porrò debet esse res, in qua servitus constituitur, ut quis perpetuò ea uti possit, a priritutine sive potètia, ut semper idonea sit ad usum servitutis. Hinc stillicidij vel luminis immittendi servitus est perpetua, quia aqua pluvia quæ ex cælo adit, perpetuam habet causam. Quod enim naturaliter fit, etsi non fiat continuò & assiduè, perpetuò tamen fieri intelligitur. Hæc enim res ita ex natura pendet, ut semper pluere possit, utque non pluere non possit. Hinc etiam ex lacu stagno & cisterna aquæductus concedi non potest, quia non habent vivam perennem & naturalem aquam, sed collectitiam tantum, quæ hyeme plerunque ex imbribus cogitur, & æstate siccat. *l. foramen l. 1. §. hoc interductum. ff. de fonte. l. 1. §. 1. ff. de flumin.*

Sed obijcitur huic assertioni *l. 1. §. caput & §. permittitur ff. de aq. quo. & st. l. servitus 9. ff. de serv. rust. præd.* Vbi dicitur, servitutem aquæductus posse ex lacu & quocunque loco constitui Respondendum. Aut lacus habet quam vivam, perennem & perpetuam: & tunc aquæductus ex eo concedi

cedi potest. *l. unica. ff. Ut in flumine pub. nau.* Aut aquam vivam non haberi & tunc servitus realis aquæductus ex eo lacu concedi non potest.

Secundò graviter obstat *l. 2. ff. Com. pred.* vbi dicitur, posse concedi servitutem, ut aqua per rotam tollatur vel hauriatur ex flumine, item ut aqua ex castello ducatur, quæ tamen aqua non est perennis. Nam castellum est receptaculum aquæ, in quod non naturaliter, sed manu & adhibitis organis aqua influit. Resp. Propriè & ipso iure non rectè aquæductus conceditur ex castello, quia hæc aqua perpetuam causam non habet, sed ex æquitate & tuitione Prætoris illa iura conservantur. Ita tradunt *Accur. & Bart. in d. l. 2.* & confirmat *Cuiac. lib. Obs. 3. c. 28.* Vel dicendum, quòd aqua quæ ex castello ducitur, habet causam perpetuam, si inspicatur initium seu origo aquæ influentis in castellum, quæ est perpetua.

Tertiò repugnat *l. via 23. §. 1. ff. de ser. rust. pred.* vbi dicitur servitutem navigandi per lacum privatum imponi posse, ut perveniatur ad fundum vicinum: atqui lacus non habet aquam perpetuam. Resp. Servitutes aquæductus & aquæhauritus propriè & directò ex lacu constitui non possunt, quia lacus non habet aquam perennem, sed longo aquæductu & haustu imminuitur. Attamen ius navigandi per lacum propriè & ipso iure constitui potest, quia navigando non minuitur aqua ex lacu. *Gl. in d. l. via.*

Quartò repugnat vehementer *l. sicuti. §. Aristot. ff. Si ser. vend.* vbi dicitur servitutem fumi immittendi posse iure prædio imponi, quamvis constet manu & facto hominis ad hoc opus esse. Resp. Interdum quod manu fit, habet causam perpetuam, si videlicet eius habendi causa prædium, aut pars prædij, in qua id habetur, parata est. Sic fumi immittendi servitus causam perpetuam habere dicitur, quia ad hunc usum focus vel fornax destinatus est, ut aut ignem perpetuum habeat, aut semper paratus sit ad habendum. Atqui ut foramen habeam proluendi pavimenti mei gratia in pariete meo, & per id foramen ius emittendæ aquæ in prædium vicini, hæc non est servitus prædialis, quia prædium propter id non est paratum & extructum. *Donel. lib. 11. Com. c. 3.*

ASSERTIO XCVIII.

*Servitus quæ nec prædio, nec personæ utilitatem
adfert, constitui nequit.*

HOC proprium est omnium servitutum, ut vel eius personæ cui acquiruntur, vel eius prædio, utilitatem præbeant. Si ergo nullam ei, cui acquiritur, vel eius prædio utilitatem adferat, servitus constitui

noq

on potest. *l. quoties 15. ff. de servit. l. veluti 6. §. 1. ff. de serv. rust. præd.* Hinc elegantius dicitur in *l. de pupillo. §. bellè. ff. de no. op. nunc.* quod quisquis in re sua sua aliqua in parte diminuit, & alterius auget, servitutem rei suæ imposuit.

Verum his graviter obstat *l. ut pomum 8. ff. de servit.* ubi dicitur, servitutum non posse ita imponi, ut pomum decerpere, ut spaciari & cœnare in alieno fundo liceat: ex quo certè commoditas paciscentibus non parva dæritur. Resp. Servitutes hæc ut reales constitui non possunt, quia earum natura debet habere perpetuam causam, ut omni tempore eis uti liceat. *l. foramen. ff. de serv. urb. præd. l. 1. §. loquitur. ff. de aq. quo. & ast.* possunt autem ut servitutes personales & iura personalia rectè constitui, quæ ubi scilicet constituta fuerint possunt quidem à quolibet vendicari, attamen una cum persona extinguuntur. *l. pecoris 4. & duabus legibus sequentibus. ff. de servit. rustic. præd. l. Mela 14. ff. de alim. leg. 1. neque in emtorem fundi, vel heredem transeunt l. ult. ff. de contr. emp. l. Gaius 12. ff. de ann. leg. 1. Forner. lib. 2. sect. c. 28. Duarenus ad dictam legem, ut pomum.*

Secundò adversatur, quod servitutes aliquæ non solum ad utilitatem acquirentis, sed etiam amœnitatis & voluptatis gratia constituentur. *l. hoc re 3. ff. de aq. quo. & ast. l. competit 16. §. 1. ff. Quod vi aut clam.* Respondendum. Utilitas non solum usum & commoditatem, sed etiam voluptatem & amœnitatem aliquando significat. *l. statua 41. ff. de usufr.* ubi dicitur, statua & imaginum usumfructum posse relinqui, quia & ipsæ habent utilitatem aliquam, id est, voluptatem, quam ex aspectu percipimus.

Tertiò obijcitur *l. ei fundo. ff. de servit.* ubi dicitur, servitutem aquæ ductus concedi posse, etiam si eius fundo cui quæritur, aquam ducere non expediat. Resp. Hoc ita accipiendum est, quod servitus aquæ ductus concedi potest, etiam si tempore concessionis non sit utilis, dummodo existiment contrahentes, eam in posterum prædio utilem futuram. Jam utilitatem præsentem hîc non solum attendimus, sed futuram quoque. *l. si infantis 55. ff. de usufr.* Ita d. l. ei fundo, Acc. Bart. & DD. communiter intelligunt.

Q

ASSER-

ASSERTIO XCIX.

Ius altius tollendi servitus est.

IVs altius tollendi inter servitutes prædiorum ponit I C^{ius} in l. 2. ff. de ser. urb. præd. & l. 2. ff. de ser. rust. præd. Sed hoc exemplum mirè torfit ingenia Doctorum. Quomodo enim quis iure constitutæ servitutis petat licere ædes suas altius tollere, cum id à naturali libertate cuique concessum sit? Quilibet enim potest iure suo seu iure communi usque in cælum ædes suas extollere, etiamsi vicini lumina in totum obscurer. Cuius enim est solum, eius est & cælum supra solum. l. altius C. de servit. l. cum eo. & l. cuius ff. de seru. urb. præd. Ius ergo altius tollendi non conceditur iure servitutis, cum competat iure libertatis, nam servitus & libertas inter se sunt contraria. Resp. Nova lege illam ædificandi libertatem coarctatam esse: nam ita demum cuique liberum est ædes suas altius extollere, dummodò antiquorum ædificiorum formam & statum non excedat l. qui luminibus. 11. ff. de seru. urb. præd. l. 1. C. de ædific. priua. l. 1. C. de servit. Non licet ergo alicui ultra usitatum ædificiorum modum ædes suas extollere, nisi illam facultatem quæsiuerit à vicino: tuncque is cui à vicino pactione vel testamento concessum est, ut ædificando antiquum ædificiorum statum egredi possit, ius altius tollendi habebit non iure libertatis, sed veræ ac propriæ servitutis: ac ius illud quod suapte natura liberum est, in servitutis nomen convertetur. Coras. ad l. 1. ff. de servit. & lib. Misc. 3. c. 24. VVesembecius in parat. de servit. num. 3. Donel. ad §. æquè. nu. 12. Inst. de actio. Potest etiam hoc modo facultas altius tollendi iure servitutis competere, si quis post-quàm vicino concesserit, ius sibi non esse altius ædes suas tollendi, deinde à vicino pactis, vel contractibus impetret, ut sibi altius ædes tollere liceat, l. si domus 21. ff. de seru. urb. præd. l. egi 26. ff. de servitute urb. præd. Brissonius in lexico in verb. Altius tollendi. Barro ad l. ult. ff. de servit.

ASSERTIO C.

Servitus pro parte acquiri vel imponi non potest.

REGULA est, quòd servitutes pro parte acquiri vel imponi non possunt, pro parte autem retineri possunt. l. si quis duas. §. si partem ff. Com. præd. l. vi pomum. §. 1. ff. de servit. l. 3. ff. de seru. leg. 1. Quare & unus focus

ius seruitutem communi fundo acquirere, vel imponere non potest. *ff. de seruit. l. 5. ff. Com. præd.* Ratio est, quia seruitutes natura sui diuisionem non recipiunt, vsusque earum indiuisus est, nemoque pro parte irel agere potest. *l. via 17. ff. de seruit.* Adde & hanc rationem, quod seruitus postquam in fundo semel est constituta, ita per omnes partes & glebas est diffusa, vt nullam non partem fundi attingat. Seruitus enim tota in toto fundo, & tota in qualibet eius parte.

Huic regulæ videtur ob stare *l. si ad certam ff. de seruit.* vbi dicitur, ad certam partem fundi, seruitutem tam constitui, quam remitti posse. *Resp.* Regula accipienda est de parte pro indiuiso, non autem de parte pro diuiso, ad quam acquiri vel imponi potest seruitus. Ratio est, quia pars pro diuiso non est propriè pars, sed totum, id est, prædium, non pars predij, *d. §. si quis partem. l. rectè 25. §. vlt. ff. de V. S.* Pars pro diuiso certa est, pars pro indiuiso incerta est. *l. placet 25. ff. Qu. mo. vsusf. am. l. 1. hoc interdictum ff. Vri poss.* Item pars pro diuiso, sensu corporis, id est, corpore, pars pro indiuiso sensu mentis, id est, intellectu percipitur, *l. 5. ff. de p. seru.*

Secundò obstat *l. pro parte 11. ff. de seruit.* vbi I C. ait, si quis fundum habens, viam stipuletur, & partem fundi postea alienet, quod corrumpat stipulationem, in eum casum deducendo, à quo incipere non possit. Ergo pro parte seruitus retineri non potest. *Resp.* Aut promissa tantum est seruitus, aut constituta. Si promissa tantum est, conseruari pro parte dominij non potest, & de ea specie loquitur *d. l. pro parte.* Si constituta est, in conseruatur pro parte, & regula de constituta seruitute loquitur, quando hæsit semel, eamque dicimus non confundi prorsus communicatione fundi seruientis, vel dominantis, sed conseruari pro parte dominij. *l. en. §. vlt. ff. de V. O.*

Terziò obijcitur *l. si partem 25. ff. de ser. rust. præd.* vbi dicitur, aquæductum in fundo quæsitum, pro modo & ratione partium retentorum vel alienatarum in fundo diuidi. *Resp.* Ibi non ipsum ius seruitutis, sed commoditas tantum diuiditur, quæ diuisio est vtentium potius, quam seruientis. Ius ipsum aquæductus indiuisum manet, sed commoditas aquæductus mensuris determinari potest. Seruitutes itaque per se sunt indiuisibiles, licet commoditas earum per tempora & mensuras diuisionem admittat. *l. arbor. 19. §. vlt. ff. Com. diu. l. 1. §. duo. l. Lucio, cum lege sequenti ff. de arbor. & ast.* Quomodo non propriè dicitur diuidi seruitus, sed eidem adijunctus vel tempus. *l. 4. §. vlt. l. via. §. vlt. ff. de seruit.*

Postremò aduersatur *l. 5. ff. de vsuf.* vbi dicitur, pro parte etiam indiuisa constitui posse vsufructum. *Resp.* Differt hac in re vsufructus à cæteris seruitu-

servitutibus, quia ususfructus est diuiduus, & pro parte etiam indiuisa prædij constitui potest: hoc est, in re communi pro indiuiso rectè vnus ex dominis pro parte sua vsumfructum constituit alteri. Vsumfructus enim consistit in fructuum perceptione, qui diuidi possunt. At seruitus prædialis consistit solùm in vfu, nihil relinquens post se corporale post vsum, quod possit corpore diuidi. Iam verò hic vsum est indiuisus, quò fit, vt ipsa seruitus quoque fit indiuisa. *l. viæ 17. ff. de seruit. Donel. lib. xi. Com. 6. l. x.*

CENTVRIÆ

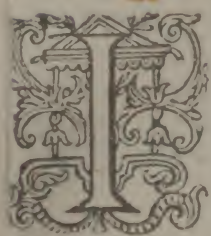


CENTVRIÆ SECVNDÆ

ENANTIOΦΑΝΩΝ

ASSERTIO I.

*Servitute imposita, Ne luminibus officiat, tam de præsenti-
bus, quàm futuris luminibus cautum censetur.*



IN servitute ne luminibus officiat, hoc constitutum est: ut si simpliciter imposita sit, intelligatur tam de præsenti-
bus, quàm futuris luminibus cautum: nec unquàm ad
præsentia lumina restringitur, nisi constitutio servitutis
cum expressione verborum præsentis temporis facta fue-
rit, hoc scilicet modo, Lumina uti nunc sunt, ut ita sint.
qui *adificium 22. cum l. seq. ff. de serv. urb. præd.* Ideoque si ædibus tuis impo-
nere illam servitutem, ne luminibus meis officiant, & postea ædes meas
altius extulero, non potes lumina novi mei ædificij obscurare. *d. l. 23.*

Huic assertioni opponitur *l. non modus. C. de serv. & aqu.* ubi constituta
servitute ad prædium meum, si postea alia prædia vicina quæsierim, non
possum ad ea aquam ducere te invito: quia, ut inquit Imp. non modus
prædiorum, sed servitus aquæ ducendæ terminum facit, id est, non consi-
deratur amplitudo & magnitudo prædij, cui debetur servitus, sed formalis
servitutis constitutio, ad quam scilicet fundi partem illa facta sit, quæ ter-
minum facit servitutis. Ergo falsum est, quod de futuris luminibus etiam
autum intelligamus, si generaliter & indefinitè concessa sit servitus, ne
luminibus officiat. Resp. Castrensis hæc ita soluit, ut putet, aliud ob-
servandum esse in servitute ne luminibus officiat, in qua potest prævi-
deri alias fenestras extrui posse, quàm in aquæductu, quem qui debet, præ-
videre nequit, dominum fundi dominantis emiturum prædia vicinorum,
unde meritò constituens de illis sensit non videtur. Corasius aliter sol-
vit, censetque non esse diversum in servitute aquæductus constitutum,
quàm in servitute ne luminibus officiat. Nam quemadmodum imposi-
ta servitute aquæ ducendæ ad certum fundum, adquisitis postea prædijs
servitus non debetur, ita servitus ne luminibus officiat, certis ædibus
acquisita, novis ædibus quæsitis non debetur. Sed si in ædificio, cui ser-
vitus

uitus debetur, ne luminibus officiatur, fenestræ aliquæ de novo factæ sunt, de futuris quoque luminibus cautum videtur. *Coras. ad l. 1. de seruit. num. 31. 32. & 33.*

Secundò opponitur hoc modo: Si obligatio respectu certæ rei contracta, illa crescente non augetur. *l. Rutilia. ff. de con. emp. l. si tibi mandauero. §. is cuius. ff. Munda. l. certa forma C. de iu. fis. lib. II.* sequitur, quòd in seruitute, ne luminibus officiatur, non veniant, neque comprehendantur lumina futura. Resp. Obligatio certæ rei respectu contracta non augetur illa crescente, si augmentum illud extrinsecum esset, hoc est, extra rem contingens. At si ex re ipsa augmentum eueniat, crescit sine dubio obligatio, quando non ideo accessisse rei quicquam dicatur. *l. vicinus. §. lacus. ff. de aq. plu. arc.*

ASSERTIO II.

Ad seruitutes prædiorum, neque interdictum Vnde vi, neque Vti possidetis, pertinet.

INTERDICTVM Vnde vi non datur deiecto de seruitutibus prædialibus, sicut nec interdictum Vti possidetis ei competit, qui in possessione seruitutis turbatur. Ratio est, quia hæc interdicta tantum ijs competunt, qui de possessione rerum corporalium & immobilium deijciuntur, seu in ea turbantur, *l. 1. §. 1. ff. de vi & vi ar. l. 1. in prin. ff. Vti poss.* Præterea cum seruitutes vti res incorporales non possideantur, *l. seruus. §. incorporales. ff. de acq. re. do.* non possunt etiam pro ijs hæc interdicta competere. Existimant tamen *Acc. Bart. & communiter DD. in l. vnic. C. Vti poss.* etiam ijs qui deijciuntur vel turbantur in possessione seruitutum prædialium, hæc interdicta vtilia saltem competere. Quæ sententia iure defendi non potest.

Aduersatur primò huic assertioni *l. vlt. ff. de seruit. & l. vlt. ff. Quem seru. amitt.* vbi dicitur, interdicta quasi possessoria pro seruitutibus prædialibus constituta esse. Resp. Specialia quædam interdicta seruitutum causa nominatim sunt comparata, veluti, de itinere actuque priuato, de aqua quotidiana & æstiuâ, de riuis, de fonte, & de cloacis. *d. l. vlt. l. 2. §. vlt. ff. de superfic.* Verùm interdicta Vnde vi & Vti possidetis ad seruitutes prædiorum non pertinent. *Cuiac. ad l. 4. §. si viam. ff. de vsuca. Donel. ad l. vnic. num. 14. C. Vti poss.*

Secundò obijcitur *l. sicuti. §. si ser. vend. ff. Si ser. vend.* Vbi dicitur, si quis in alieno aliquid faciat jure seruitutis, competere domino in eam rem interdictum

dictum Vti possidetis. Resp. Ibi interdictum non datur pro seruitute indicanda, sed contra seruitutem, ad retinendam fundi nostri, aut ad ium ostrarum liberam possessionem, aduersus eum qui facto suo possessionis obis facit controuersiam.

Tertiò aduersatur *l. pen. §. item videamus, & §. Labco. ff. Vti poss.* vbi domino dium, qui habet ius siue seruitutem proijciendi ex suis ædibus supra solum vicini, competit interdictum Vti possidetis, vt ei projectionis possessionem retinere liceat. Resp. Exemplum interdicti de superficie us trahitur ibi ad projectionem, sicut ad similitudinem superficiarij dari etiam emphyteutæ & vasallo idem interdictum. Hoc ergo interdicto qui supra solum alterius ius proijciendi habet, eam projectionem retinere potest. Ita eleganter declarat. *Cuiac. lib. Obs. 17. c. 2.*

ASSERTIO III.

Seruitutes neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione ipso iure constitui possunt.

ASsertionem hanc pro regula generali tradit Papinianus *in l. 4. ff. de seruit.* Ratio est, quia in seruitutibus facto patientiæ presentaneo opus est, quo seruitus prædio imponatur: *l. ult. ff. de seruit.* quæ semel imposita diem aut conditionem non recipit, quia seruitutes sua natura habent causam continuam & perpetuam, *l. foramen 28. l. de ser. vrb. præd.* cui tamen enunciationi quatuor præcipuè aduersantur.

Primò obijcitur *l. 4. ff. de vsu fr.* vbi dicitur, vsusfructus ex die dari potest. Resp. Personalis seruitus, vt puta vsusfructus ex die & ad diem dari potest. Ratio est, quia vsusfructus est ius in faciendo consistens, id est, vtendo fruendo, ea lege, vt prius non sit, nec constituatur, quàm quis ui possit. *l. 1. ff. Qu. di. Vsufr. leg. ced.* Itaque cùm is ex die constitutus est, fructuarius ante diem frui non potest. Facta enim vt natura, ita & jure suspensi possunt, ne prius scilicet id facere liceat, quod in diem delatum est, quàm dies faciendi constitutus venerit. *Donel. lib. xi. Com. c. ix.* At verò seruitutes prædiales nihil aliud sunt, quàm qualitates & iura prædiorum. *l. si aliud 86. de V. S.* prædiis verò qualitas sub conditione vel ex die imponi non potest, quia non afficitur prædium per impositionem seruitutis reas, nisi ex vsu & possessione præsentis: quæ vbi semel competere cœpit, ostendit ipso iure per pactum dici vel temporis tollinequit. Licet autem seruitutis constitutio ex die vel sub conditione ipso iure non subsistat, tamen

tamen tuitione Prætoris defendetur, qui æquitatem ante oculos habens, nihil æquius existimat quàm pacta seruari. *l. 1. ff. de pact.*

Secundò refragatur *l. existimo 98. ff. de V.O.* ubi dicitur posse viam sub conditione promitti. Resp. Aliud est seruitutem constituere, aliud promittere. Qui constituit seruitutem, puta viam vel iter, statim viam dat vel cedit: quod sub conditione fieri non potest, rebus enim qualitates sub conditione non imponuntur. Qui verò sub conditione promittit se viam daturum, non statim constituit viam, sed tum demum, cum viam dat vel cedit. Promissio enim seruitutis non ius in re, sed ius ad rem tantum inducit, seu obligationem merè personalem, quæ illius est naturæ, vt conditionem vel diem recipiat. In constitutione verò seruitutis ipso facto patientiæ præsentaneo opus est, quo seruitus prædio imponatur. *l. vlt. ff. de seruit.* quæ semel imposita pactionibus hominum non potest variari, ideoque nec diem aut conditionem recipit, quia seruitutes natura sua habent causam continuam & perpetuam. *Govea. lib. 1. Var. lect. c. 9.*

Tertiò opponitur *d. l. 4. §. 1. & §. vlt. ff. de seruit.* ubi dicitur, modum posse imponi seruitutibus, veluti quo genere vehiculi agatur, vel vt equo duntaxat, vel vt certum pondus vehatur, aut vt statis anni temporibus, certisve diebus quis vtatur. Resp. Conditio seruituti non rectè adijcitur, quia conditione adiecta in euentum conditionis obligatio suspenditur. *l. cedere diem 13. ff. de V.S.* Modus tamen adijci potest, quia modus neque obligationem neque petitionem suspendit, oblata cautione de modo implendo, vel vt clarius dicam. Modus non suspendit, nec afficit substantiam actus, vt conditio, sed tantum adijcit qualitatem actui iam perfecto, & constituto *d. l. 4. §. vlt. ff. de seruit. l. sit tibi 19. de leg. 3. l. quibus diebus 40. §. vlt. ff. de cond. & dem. l. cum in testamento 48. ff. de fidei. liber.* Præterea modus significat qualitatem, ordinem & formam actui adhibitam, ipseque modus non facit, quo minus seruitus sit continua vel perpetua, sed tantum vsum seruitutis certis legibus moderatur, quod minimè est contra naturam seruitutis. *VVes. in parat. de seruit. num. 8. Pulchrè Coras. ad d. l. 4. §. modum. Faber in rational. ad d. l. 4. ff. de seruit.*

Postremò obstat *d. l. 4. §. vlt. ff. de seruit.* ubi dicitur, posse seruitutem constitui adiectis temporum interuallis, puta vt aquam ducere liceat certis horis diei, item interdiu, non noctu. Resp. Illa seruitutis constitutio tempus adiectum habere intelligitur, quæ tempus habet, quo incipit aut finitur seruitus, id est, quando seruitus ex die vel ad diem constituitur. Cum autem seruitus constituitur, vt ea certis temporibus vti liceat, non constituitur ex tempore vel ad tempus, sed pura & perpetua est constitutio. Tantum intermedium vtendi tempus temperatur.

Hec

Hoc temperamentum rectè dicitur modus constitutæ seruitutis. Do-
l. d. loco.

ASSERTIO IV.

*Seruitute concessa, ea omnia concessa intelliguntur, sine
quibus seruitute uti non licet.*

HÆc definitio comprobatur per l. 2. ff. de iurisd. l. seruitutes 20. §. 1. ff. de
ser. vrb. præd. l. Veteres. ff. de itin. actus priu. Hinc itinere legato, quàm ni-
si opere facto, iri non possit, licere fodiendo substruendo iter fa-
cere, Paulus respondit. l. si iter 10. ff. de seruit. Item si propè tuum fundum
mihi est aquam riuo ducere, tacitè hæc iura sequuntur, vt reficere mi-
rium liceat, vt adire quàm proximè possim ad reficiendum ego fabri-
ce mei, item vt spacium mihi relinquat dominus fundi, quo ad riuum
eam, & quàm terram, limum, lapidem, arenam iacere possim. *Obstat. l. si
ius. §. rectè placuit ff. de aq. plu. arc.* Vbi is cui constituta est seruitus aquæ-
ductus, non potest per lapidem aquam ducere. Resp. Qui seruitutem
habet, omnia facere potest, quæ sunt ad eius seruitutis vsum necessaria,
tamen grave incommodum domini. l. 3. §. vlt. ff. de itin. actus priu.
Ideoque is qui aquæductum habet, ideò lapidibus riuum sternere non
potest, quia hoc maiorem in modum fundum seruientem incommoda-
t. Nec multò melior inde redderetur conditio eius, cui seruitus debe-
r, cum possit fistulis & tubulis aquam ducere.

Secundò repugnat l. 3. §. vlt. ff. de ser. rust. præd. vbi dicitur, si concessus
cui fuerit aquæhaustus ad flumen publicum, nihil agi, neque in ea con-
fessione inesse iter, siue ius adeundi ad flumen. Resp. Ideò in ea conces-
sione iter seu aditus ad flumen. Resp. Ideò in ea concessione iter seu adi-
tus ad flumen non continetur, quia præcipua & principalis concessio ser-
uitutis, scilicet aquam hauriendi ex flumine publico, non valet (licet
etiam cuique ex eo sine concessione huiusmodi aquam haurire & ducere)
quo minus. ff. de flumin. vnde nec valebit tacita concessio itineris. l. si sponsus.
§. 1. ff. de don. int. vi. & vx. l. 3. C. Si pend. app. mors interu. Verùm d. l. 3. §. fin.
pauiter aduersatur l. 2. ff. Com. præd. vbi dicitur, ius aquam hauriendi è flu-
mine concedi posse. Resp. Hoc accipiendum est de flumine priuato, nam
infra & superuacuo conceditur aquæhaustus ex flumine publico. d. l. 3.
§. vlt. Cuius lib. Obs. 3. c. 28.

Tertiò repugnat assertioni l. Vsum fructuarium 61. ff. de vsum fruct. vbi dicitur,
fructuarium inchoatum ædificium consummare non posse, etiam si

R

aliter

aliter eo loco vti non possit. Resp. Aut usufructuarius toto iure usufructus vti non potest, nisi ædificium consummetur, & tunc habet ius ædificium perficiendi, arg. l. pen. ff. de usufr. Aut particulari area vel inchoato ædificio aliter vti non potest, & tunc non poterit ædificium inchoatum consummare. Coras. lib. 1. Misc. c. 6.

ASSERTIO V.

Inter seruitutes luminum, & ne luminibus officiat, item altius non tollendi, nulla est differentia.

QUOD hæ seruitutes nihil inter se differant, euincitur ex l. 15. & 16. ff. de ser. vrb. præd. Quam enim I C. in d. l. 15. appellat seruitutem, ne luminibus officiat, eam mox in seq. l. vocat seruitutem luminum. Quod verò seruitus altius non tollendi non differat à seruitute, ne luminibus officiat, ex eo euidenter apparet, quòd ille finis & vsus est seruitutis altius non tollendi, ne vicini lumina obscurentur. Cum ergo vnus & idem vtriusque seruitutis sit finis & effectus, sequitur, eas nihil inter se differre. Pulchrè Cuiacius I C. eminentissimus lib. Obs. 17. cap. 35. vbi notat inter has seruitutes, scilicet luminum, & ne luminibus officiat, nihil omninò interesse.

Obijcitur l. 4. ff. de seru. vrb. præd. Vbi I C. definit primùm seruitutem luminum, postea autem per aduersatiuam particulam subiicit, quid contineatur seruitute, ne luminibus officiat. Resp. Diuersæ quidem formulæ & conceptiones seruitutis ibi explicantur, res tamen vtroque eadem est. Nam seruitute luminum constituta id acquisitum censetur, vt vicinus lumina nostra excipiat, id est, ne lumina nostra impediat. Dicitur enim lumina nostra excipere, qui ea admittit, atque in suo consistere patitur, denique qui nihil facit in suo, quo minus lumina nostra vti sunt, ita sint l. si seruitus 23. ff. de ser. vrb. præd. Seruitute autem constituta, ne luminibus officiat, hoc acquisitum censetur, ne vicinus lumina ædium nostrarum obscuret, vel ædificando, vel quo alio opere. d. l. 15. Atque ita vtræque seruitus idem continet. Ita eleganter tradit Donel. lib. 11. Com. c. 5.

Secundò pugnat inter se in hac quæstione l. ædificia. 12. & l. si arborem 17. ff. de ser. vrb. præd. Nam in l. ædificia. traditur, quòd qui debet seruitutem altius non tollendi, potest viridaria, id est, hortos arboribus confitos supra eam altitudinem habere. Contra in l. si arborem. assertitur, quòd qui debet seruitutem, ne luminibus officiat, non potest arborem ibi positam habere, qua officiat luminibus vicini. Resp. Idèò in d. l. 12. licet illi
supra

supra suas aedes viridarium habere, quia promisit & adstrinxit se specialiter tantum, ne aedes suas altius tollat. Aliud est, quando in genere quis imposuit aedibus suis servitutem altius non tollendi: nam ille neque alius aedificando, neque arbores plantando potest quicquam facere, quo efficiat luminibus vicini. Vel verius & melius responderi potest, quod qui debet servitutem ne altius aedes suas extollat, viridaria supra eam altitudinem habere potest, hoc est, loca herbis & plantis consita. Viridaria enim proprie sunt loca herbis & plantis, non vero arboribus consita. Atqui arborem non potest ibi ponere, qui debet servitutem ne luminibus vicini officiat, quia arboribus lumen etiam offuscatur & aufertur.

ASSERTIO VI.

Servitute simpliciter concessa, ei electio datur, cui concessa est, per quam partem fundi servientis velit vti servitute.

VM generaliter alicui per fundum alterius servitus, puta iter, actus, vel via conceditur, domino praedij cui debetur servitus, ius est eligendi, per quam partem velit vti servitute. *l. si cui. 9. ff. de servit.* Ratio est, quia quando simpliciter servitus per alicuius fundum cessa vel legata est, non definita certa parte fundi, tunc totius fundus servit ei, cui servitus iuncta est, unde merito ei electio conceditur. Neque est in potestate concedentis servitutem definire, per quam fundi partem eum cui servitus concessa est, ire agere velit, alioqui totus fundus non serviret.

Verum graviter cum *d. l. si cui. pugnat l. si via 26. ff. de ser. rust. praed.* Vbi dicitur, servitute per fundum legata, non tribui facultatem legatario per quam partem fundi velit ire agere, sed nominatim heredi, per quam partem fundi velit servitutem constituere. Resp. Ista electio non simpliciter tribuitur heredi, sed sub ista conditione, si modò ex ea re nulla captio, nullòve incommodo afficiatur legatarius. Itaque simpliciter electio conceditur legatario, per quam partem fundi eligat servitutem, modo consistat in certis partibus fundi, villis scilicet, vineis. vel aedificijs, quae excepta sunt ab electione, per quae loca non licebit illi servitutem eligere. In generali enim sermone tacite quaedam excepta intelliguntur ex aequo & bono, licet nominatim expressa non sunt. Itaque non per villam ipsam, nec per medias vineas ire agere sinendus est, cum id aequè commodè per quam partem fundi facere possit, minore fundi servientis detrimento. Haec loca fundi à generali concessione servitutis sunt exempta, ex sententia & mente testatoris legantis aut contrahentium. Ratio est, quia non est

malitijs indulgendum, *l. in fundo 38. ff. de rei vend.* & ea est natura seruitutis, ut quis quod sibi sit commodum, acquirat. *l. quoties 15. ff. de seruit.* Itaque contra naturam seruitutis est, ut quis alteri tantum noceat, dum sibi non profit. *l. 1. §. sed & fossas. ff. de aqu. plu. arc. Donel. lib. xi. Com. c. xiii. Charond. ad d. l. si cui 9. ff. de servit. Charondas. Lib. i. Verisimil. cap. 5.*

A S S E R T I O VII.

Scientia aduersarij in præscriptione seruitutum desideratur.

AD acquirendam quasi possessionem seruitutum & aliarum rerum incorporalium, desideratur usus eius, cui seruitus acquiritur, & patientia aduersarij. *l. ult. ff. de seruit. l. 3. §. dare. ff. de usufr. l. si ergo. xi. §. i. ff. de Publ. act.* Cum autem præscriptio in incorporalibus sine quasi possessione non contingat, *l. sine. ff. de vsuca.* & illa quasi possessio haberi nequeat sine aduersarij patientia, *l. 1. §. ult. ff. de ser. rust. prad.* sequitur, & scientiam & patientiam eius contra quem præscribitur, in usucapione seruitutum requiri, quia patientia sine scientia esse, & subsistere nequit. Ille enim tantum dicitur, qui non ignorat, *l. qui patitur. 18. ff. Manda.* Hæc est communis DD. opinio, quod scientia eius contra quem præscribitur, in præscriptione seruitutum opus sit. A. qua nouè discessit Longoual. in *l. imperium. ff. de iurisd.* ubi tradit, seruitutes etiam ignorante aduersario usucapi posse. Mouetur præcipuè per *l. ult. C. de lon. temp. præsc.* ubi constituitur, præscriptionem longi temporis, tam in rebus corporalibus, quam incorporalibus, puta seruitutibus, non modò contra scientem, sed etiam ignorantem procedere. Verum probabilior & iuri magis consentanea est communis DD. sententia. Quam manifestè probat *l. 2. C. de seruit.* ubi dicitur, aquæductum longo tempore acquiri, si quis sciente aduersario aquam per eius fundum duxit. Idem statuitur in *l. si à te 16. ff. Si ser. vend.* ubi dicitur, seruitutem stillicidij immittendi ab eo legitime quæsitam censi, qui sciente aduersario hoc ius usurpauit.

Sed graviter obstat *d. l. ult. C. de lon. temp. præsc.* quæ dicit, in præscriptione seruitutum nullam expectandam scientiam vel ignorantiam aduersarij, Resp. ex sententia Corasij ad *l. seruitutes 14. ff. de seru.* quod cum seruitutes sine titulo usucapiantur, *l. si quis diuturno. ff. Si ser. vend.* ne tot emergant circa usucapionem seruitutum singularia, ideò placuisse legislatori, ut scientia eius contra quem præscribitur, in præscriptione seruitutum requiratur. Eo itaque casu, quo seruitus cum titulo usucapitur, scientia aduersarij

rii non requiritur, quæ etiam in præscriptione rerum corporalium non
est necessaria, eò quòd in ea titulus requiratur. In quibus terminis *d. l.*
loqui videtur. Vide paulò aliter de hac quæstione differentem *Donel.*
l. XI. comment. c. XII.

ASSERTIO VIII.

*ter est ius eundi ambulandi hominis. Actus est ius agendi iu-
mentum vel vehiculum. Via est ius eundi, agendi & am-
bulandi. Qui actum habet, & iter habet. Via et
iter & actum in se continet.*

HÆc omnia traduntur in *l. 1. 7. & 12. ff. de ser. rust. prad.* Obijcitur, quòd
ex definitione viæ appareat, quòd nihil amplius in via, quàm in
actu continetur: ideòque nulla est inter actum & viam differentia,
am actus est ius agendi iumentum vel vehiculum, atque actus iter quo-
ue in se continet. Via quoque nihil aliud est, quàm ius eundi, agendi &
ambulandi. *d. l. 1.* Resp. Differunt nihilominus actus & via, eò quòd du-
pliciter plus inuenitur in via quàm in actu. Nam primò qui habet viam,
trahere lapides & trabes; & rectam hastam ferre potest, dummodò non
edat fructus quæ non permittuntur habenti actum, *l. qui. sella 7. §. 1. & §.*
ui viam. ff. de ser. rust. prad.

Secundò differunt, quòd viæ latitudo designata est à lege, vt in por-
ectum octo, in anfractum sedecim pedes habeat; actus verò latitudo
incerta est, & determinatur vel à contrahentibus, vel ab arbitrio. *l. via. 8.*
via 23. l. cert o generi 13. §. latitudo. ff. de ser. rust. Potest etiam hoc modo re-
ponderi, quòd ex proprietate & substantia viæ sit, vt is qui viam habet,
vehiculum ducere possit. *d. l. via. 23.* Via enim à vehendo dicta est, quasi
e ha. Atqui actu concessio, non est necessarium, vt per eum locum possit
vehiculum duci: sufficit siquidem habenti actum, vt iumentum solum
ducere queat. *l. si tam angusti 13. ff. de seruit.* Vnde in definitione actus vsus
est I C. disiunctiua particula, *VEL, in l. 1. ff. de ser. rust.* quòd actus sit ius
agendi iumentum, vel vehiculum, eò quòd alterutrum sufficiat.

Secundò opponitur, quòd qui actum habet, iter non habet, sunt enim
actus & iter diuersæ & separatæ seruitutes, & actus potest esse sine itine-
re. *l. loci corpus. §. 1. ff. Si ser. vend.* Resp. Acc. in *d. l. 1.* Iter accipitur dupliciter:
primis, vt est seruitus per se, deinde vt est commoditas quædam, quæ
est seruituti actus. Qui igitur actum habet, iter non prout est seruitus,

R 3

sed vti

sed uti commoditas est, bene habet. Sed adhuc grauius *obst. l. 1. ff. de adi. lega.* Vbi dicitur nunquam actum posse esse sine itinere, ideoque qui actu legato iter adimit, nihili adimere videtur. Resp. Dicitur hoc est de itinere actus, seu de eo itinere, quo utimur in actu ad agendum iumentum vel vehiculum. Absque eo agi non posse inuenta aut currus, ac proinde sine eo actum esse non posse, Liquidò apparet; Vnde fit, ut qui actu legato iter adimit, nihil adimere videatur, non hoc iter quod cum jumento coniunctum est, quia non potest adimi. Nec illud quod est sine jumento, quia prius illud non Legauit, nec videtur quicquam adimi, quod prius non est Legatum. Ita eleganter & subtiliter tradit. *Donel. lib. xi. commen. c. 6.* De differentia itineris, actus & viæ, vide latius *Cuiac. lib. Obs. 22. c. 35.* *Duare. lib. 1. disp. c. 31.* *Fabrum lib. 1. coniect. c. vlt.* *Donel. lib. xi. com. c. vi.*

A S S E R T I O IX.

Actio finium regundorum xxx. annorum præscriptione tollitur.

ES T hoc omnibus actionibus mixtis cum personalibus commune, ut xxx. annorum præscriptione tollantur. *l. 7. C. de pet. her. l. sicut. C. de præsc. 30. an. l. 1. §. 1. C. de ann. exc.* vbi expressè statuitur, has tres actiones mixtas, scilicet familiæ erciscundæ, communi diuidendo, & finium regundorum, xxx. annorum præscriptione extinguere. *tex. est rotundus in l. vlt. C. Fin. reg.* vbi expressè sancitur, quod actio finium regundorum, non spacio longi temporis, sed xxx. tantum annis tollatur, à tempore scilicet turbationis finium.

Sed obiicitur *l. 2. §. sed si fundus. & l. 7. §. x. ff. Pro emp.* vbi traditur, quod si quis fundi ampliores fines, quàm ad se pertinebant, longo tempore possederit, quod eos legitimè vfucepisse censeatur. Resp. Ista leges sunt accipiendæ, quando quis ampliores partes terræ possedit ex fundo vicini, quàm efficiunt fines agri, tunc enim quia non de finibus tantum est questio, sed de proprietate partis fundi, longi temporis præscriptio locum habet.

Secundò grauius aduersatur. *l. quinque pedum. C. Fin. reg.* vbi dicitur submotam esse quinque pedum præscriptionem in iudicio de finibus regundis. Ergo nulla etiam longissimi temporis præscriptione hoc iudicium elidi potest. Hæc *l.* cum Alciato est interpretanda, quod spacium quinque pedum inter confines agros aratorios est relinquendum, quo ire agere vterque dominus possit, item aratrum circumduci. Hoc spacium quinque

quinque pedum vsucapi lege x i i. tab. prohibetur. Si verò vltra quinque pedes lis mouetur de finibus terræ, tunc locus est iudicio finium regundorum, cui tamen xxx. annorum spacio præscribitur, si tam diu vicinus quietè limites agri sui possederit. Ita not. *Alcia. in comment. ad d. l. quinque pedum. C. Fin. regund. Ad stipulatur Cuiac. ad tit. C. de præsc. 30. vel 40. an. & ad l. 4. ult. ff. de vsucap. VVesemb. ad tit. C. Fin. regund. nu. 7. & in paratit. ff. eo tit. nu. 2. Fam. lib. 8. contro. iur. c. 35.*

ASSERTIO X.

*Tria iudicia diuisoria rectè dicuntur actiones mixtæ,
tam in rem, quàm in personam.*

QUOD hæc tria iudicia diuisoria, scilicet actio familiæ erciscundæ, finium regundorum, & communi diuidundo, mixta sint, id est, tam in personam, quàm in rem, probatur satis euidenter in §. *quam. Inst. de act.* vbi dicuntur, hæc tria iudicia mixtam causam obtinere. actio familiæ erciscundæ propriè dicitur actio in rem, respectu partis hereditatis, quæ ad coheredem petentem pertinet, quia coheres vindicat rei suæ dominium, scilicet portionem hereditatis ad se pertinentem. In personam verò dicitur, respectu portionis alterius coheredis. Nam in diuisione necesse est alteri coheredi attribui pro diuiso, quod alius coheredis erat proprium pro indiuiso. *l. non possumus. ff. Si pars her. peraterea* quando res communes non possunt commodè diuidi, tunc iuxta potest singulis heredibus res singulas hereditarias, vel uni ex consortiis totam rem communem adiudicare, cumque vicissim coheredi in certo precio condemnare. *l. si familie 55. ff. Fam. ercisc.* Propter has adiudicationes hæ actiones dicuntur in personam. Vnde & traditur iudicium familiæ erciscundæ constare ex rebus, & personalibus præstationibus. *l. in Labeo 22. § familia. ff. Fam. ercisc. l. 4. § 3 ff. Com. dir. si quis cum. 19. ff. Com. v.* vbi dicitur, quod magis ex re in quam impenditur, quàm ex persona cui nascitur communi diuidundo actio.

Obijcitur primò huic enuntiationi *l. i. ff. fin. reg.* vbi dicitur, quod actio finium regundorum sit in personam. Resp. Hæc lex magis confirmat nostram sententiam, quia tradit IC. in d. l. i. quod hæc actio in personam est, licet pro rei vindicatione sit. Ex quibus verbis colligitur, quod mixta causam hæc actio obtineat, id est, in rem, & in personam. Nam quatenus quisque fines suos vindicat, eatenus actio finium regundorum est in rem, & causam habet ex dominio. Quatenus vero iudex agri fines

finis commodè dirimere nequit, nisi aliquam portionem ex vicini agro adiudicet vicino, facta vicissim ei in pretio condemnatione, eatenus in personam est actio. *l. 2. 3. & 4. ff. Fin. regund.*

Secundò contendit Iason probare in *d. §. quedam. Inst. de action.* nullas esse mixtas actiones in rem & personam, hoc argumento, quòd duæ contrariæ species in vno indiuiduo non possint concurrere. Atqui actiones personales & reales sunt contrariæ, ergo non possunt in eodem subiecto simul consistere. Resp. *Zaz. ad d. §. quedam.* optimum quandoque ex contrarijs fieri temperamentum. Nam & quatuor contrariæ complexionibus & humores resident in corpore humano, & tamen ex his componitur homo. Itaque non est absurdum, quòd ex duabus contrarijs qualitatibus tertia species constitutatur.

Tertiò has tres actiones esse in personam duntaxat, ac non in rem, & proinde nec mixtas, conuincitur hoc argumento, quòd actio in rem nunquam datur possidenti, quem quidem constat possidere, & qui se pro tali haberi velit. *l. 1. §. pen. ff. Vti poss. §. equè. Inst. de act.* At iudicium familiæ eriscundæ datur etiam possidenti. *l. 1. in verb. quæ quidem actio. ff. Fam. erisc.* Ergo non est actio in rem, sed in personam tantum. Resp. Hæc argumentatio procedit in actionibus, quæ in solidum & merè sunt reales, non vero in mixtis. At hæ actiones dicuntur in rem, quatenus quisque rem suam petit; quatenus vero ex diuisione adiudicatur vni coheredi pars alterius, eatenus sunt actiones personales. Præterea in quantum agitur ad personales præstationes, vt puta cum contra vnum coheredem vel socium, qui communem hereditatem, vel alia bona communia solus possedit, agitur ad fructus, aliaque commoda ex hereditate percepta communicanda: item ad damna in communibus bonis illata, resarcienda: eatenus sunt actiones personales. Atqui actiones in personam, etiam dominis licet possidentibus rem petitam competunt. *Dissentit. Faber lib. 20. coniect. c. 10.* vbi asserit nullas actiones esse mixtas in rem, & in personam. Quod autem in *§. quedam. Inst. de actio.* asseritur, quasdam actiones esse mixtas, & ideo sic dictas, quod tam in rem, quam personam sint, vult posteriora illa verba, tam in rem, quam in personam, esse irreptitia, & ideo delenda. Porro ideo statuit has actiones dici mixtas, quod in ijs vterque sit actor & reus, quæ ratione etiam iudicia duplicia dicuntur. *l. actionis 37. §. mixta. ff. de obl. & act.* Nam cum in ijs iudicijs par sit causa omnium Litigatorum, vterque in ijs dicitur actor, vterque reus, & hoc demum sensu contendit has actiones propriè dici mixtas. *l. iudicium 10. ff. Fin. regund. l. inter coheredes 44. §. qui familiæ. ff. fam. erisc.* Dissentit quoque *Donel. ad d. §. quedam 20. nu. vlt. Inst. de actio.* vbi probare intendit hæc tria iudicia diuisoria non esse actiones mixtas,

sixtas, sed revera esse in personam tantum, non in rem, verum rationes
lius sunt admodum frivola, & argumenta valde levia, quibus in præ-
dictis satis plenè & solidè à nobis est responsum.

ASSERTIO XI.

*familia erciscundæ actio semel tantum intentari potest, & si quid
indivisum remanserit, communi diuidendo agetur.*

HÆc decisio iisdem ferè verbis traditur in *l. filia. 20. §. familia ff. Fam. ercisc.* Ratio est, quia hoc est vniuersale iudicium, quo vniuersum ius hereditarium in iudicium deducitur, ideoque semel intentatum non repetitur, sed de rebus cæteris, quæ indivisæ relictæ sunt, agetur communi diuidendo. Sed huic sententiæ aduersari videtur *l. fundus 30. ff. am. erc.* vbi talis facti species proponitur: Ego & tu coheredes sumus, in hereditate fundus est, in quo est sepulchrum vtrique commune: volo diuidere fundum, vt certam partem nactus iusta faciam. Quæritur an agere possim actione familia erciscundæ, de eo fundo diuidendo, in quo est commune sepulchrum: & dicitur posse me experiri. Ergo & videtur de vna re hereditaria posse agi actione familia erciscundæ. Resp. Ita demum tribiter in hoc iudicio datus, diuidet fundum, si & cætera corpora hereditaria communione eximat. Itaque cum cæteris rebus hereditarijs veniet hic fundus in diuisionem, non solus, quia de vna re hereditaria hoc iudicio non agitur; sed eximendæ sunt simul & cæteræ communione. Hoc modo non obstat *d. l. fundus, si modò legatur in ea l. exemptis*, id est, diuisis, et habent Pandectæ Florentinæ, non exceptis.

Posteriori parti thesis, qua dicitur, si in actione familia erciscundæ relictum quid sit indivisum, agi posse communi diuidendo, aduersatur *l. in hoc iudicio 27. ff. Fam. ercisc.* vbi dicitur, quod iudex in omnium coheredum persona debet facere condemnationes & absolutiones, & si in alicuius persona quid fuerit omissum, tota sententia est irrita. Ergo non valet sententia iudicis in actione familia erciscundæ, si aliquid relinquatur indivisum. Resp. Illa lex accipienda est de præstationibus personalibus. Iudicium hoc constat partim ex rebus, partim ex personalibus præstationibus. *l. item 22. §. familia. ff. fam. ercisc.* De præstationibus personalibus iudex non rectè pronuntiat, nisi de omnibus, quæ specialiter in iudicium sunt deductæ, pronuntiet: vt si vnus ex coheredibus fecit impensas in rem communem, damnabitur coheres, si probetur eas factas esse; sin minus, absoluetur: si verò fructus aliquos ex hereditate percepit, ad eorum restitu-

S

tutionem

tutionem pro parte hereditaria cum coheredi condemnabit, nec quicquam horum omittet. Sed de rebus, id est, hereditatis diuisione rectè pronuntiat iudex, etiam si aliquid indiuisum relinquat, quia res in iudicium deducuntur generaliter, non specialiter, & ideò facile est aliquid omittere. Hæc solutio probatur, quòd *l. C. in d. l. 27.* vitur verbis condemnandi & absoluendi: nam præstationum personalium nomine iudex debet heredem condemnare: si verè probatum sit impensas esse factas, vel fructus perceptos, vel absoluere, si nihil probetur. Atqui rerum nomine fiunt adiudicationes & condemnationes, absolutiones verò non fiunt vnquam, sed cuique sua pars adiudicatur. Pulchrè *Cuiac. lib. Obs. 23. c. 1.*

ASSERTIO XII.

Diuisio hereditatis non retractatur, nisi læsio dimidiam iustæ portionis egrediatur.

SI læsio ultra dimidiam iustæ portionis partem in diuisione hereditatis interueniat, diuisio retractatur. Hæc est communis DD. opinio teste *Scurf. cent. 1. conf. 28. VVes. in Parat. nu. vlt. ff. Fam. ercis. Pinel ad l. 2. par. 2. num. 1. C. de resc. vend.* Comprobatur hæc sententia per *l. Lucius 39. ff. Fam. erc. l. 1. C. Com. vtr. iud.* vbi dicitur, quòd diuisio speciem emtionis obtineat: vnde sicut emtio rescinditur, si læsio dimidium iusti precij excedat, ita & diuisio. Nam quamuis remedium *l. 2. C. de resc. vend.* contra rem iudicatam non obtineat, *Ias. in l. si quis cum aliter. ff. de V. O.* tamen quia non tam pronuntiat super diuisione, quàm ex sententia diuisio auctoritate mandatoque iudicis suscipitur, ideò æquius videtur, hoc auxilium enormiter læsis non denegari. *d. l. Lucius.* Sin autem coheres infra dimidium suæ portionis in diuisione est deceptus, non retractatur diuisio.

Obijcitur *l. si soror 8. C. de collat.* vbi dicitur, si soror cum fratre diuisit hereditatem paternam, nec dotem contulit, iudex dotem conferri præcipiet, & restitui iubebit, quod amplius apud sororem sua portione esse deprehendet. Resp. Frater petendo collationem dotis, non venit contra diuisionem, sed tantum petit sororem ad collationem dotis in diuisione omissam constringi, quam ex lege tenebatur communicare.

Secundò grauitè obstat *l. maioribus. C. Com. vtr. iud.* vbi admittitur rescissio diuisionis inæqualiter factæ, quomodocunque aliquis in diuisione læsus sit. Vnde videtur diuisio rescindenda, licet alter coheredum minus læsus sit, quàm in dimidia suæ portionis parte. Resp. Quòd maioribus dicitur subueniri in diuisione per fraudem vel dolum, vel perperam

nam facta, hoc intelligendum est, dummodò læsio dimidiam iustæ portionis excedat. Quod ratio generalis subiecta liquidò demonstrat, cum dicitur: Quod enim in bonæ fidei iudicijs inæqualiter factum est, melius reformabitur. Atqui nullum aliud in bonæ fidei iudicijs remedium extat, quo in contractibus læsio in quantitate precij rescinditur, quam remedium. *l. 2. C. de resc. vend.*

Denique aduersatur *l. 3. C. Ex qu. ca. maio.* ubi dicitur, in contractibus bonæ fidei maioribus læsis officio iudicis subueniri. Vnde colligitur, quod cum restitutio in integrum detur ob modicam summam, eaque competat iudicis officio, *l. scio. ff. de rest. in int. l. quod si minor. 18. §. si. ff. de minor.* quod diuisio rescindatur etiam ob minorem læsionem, quam in dimidia portione. Resp. Officium iudicis ibi non intelligitur de extraordinario auxilio restitutionis in integrum, sed officium iudicis ibi appellatur, quod coheret iudicijs diuisorijs, quod mercenarium iudicis officium DD. vocant. *Gl. in d. l. 3.* Non ergo propter aliam læsionem diuisio retractatur inter maiores, quam quæ sit supra dimidiam suæ portionis. Quæ prior & receptior est DD. opinio, licet ab ea discedat *Molin. in consu. Par. rubr. 1. §. 154. Fachin. lib. 8. contro. iur. c. 36.* Quod si inter minores 25. annis diuisio hereditatis sit facta, atque vnus illorum etiam infra dimidium pretij sit læsus, per restitutionem in integrum diuisio retractabitur. *re est notab. in l. vlt. ff. Fam. ercisc.* ubi dicitur, diuisionem hereditatis factam inter coheredes extra iudicium, arbitro accepto, non revocari, nisi intercelat ætatis auxilium. Ideoque etiam inter minores 25. annis diuisione facta, si vnus eorum etiam infra dimidiam læsus sit, diuisio retractabitur. *sa l. penult. C. Fam. ercisc. text. est notab. in l. penult. C. Com. divid.*

ASSERTIO XIII.

Nunquam actio negotiorum gestorum, & familiæ erciscundæ ex eadem causa concurrunt.

¶ I quis pro parte coheredis quid gessit in hereditate vel re communi, quæritur, qua actione id repetat? Et statuendum est, nunquam ex eadem causa posse concurre actionem negotiorum gestorum, cum actione familiæ erciscundæ, vel communi diuidundo: ideoque vt constet, in harum actionum competat, hæ duæ certissimæ iuris regulæ notandæ sunt. Prima est, Vbi quis quid gessit pro parte coheredum, quod prouideret pro sua parte tantum gerere, competit actio negotiorum gestorum, non familiæ erciscundæ, vel communi diuidundo. *l. in familia 20 C.*

Fam. ercif. Secunda. Vbi quis communiter quid gessit etiam pro parte coheredum, quod nec aliter potuisset gerere, quia propter partem suam necesse habuit rem totam gerere, non datur negotiorum gestorum, sed familiae erciscundae, vel communi diuidundo actio, *l. his consequenter 18. §. ult. ff. Fam. ercif. l. fistulas. §. pen. ff. de con. emp. l. si communes 40. ff. de neg. gest. l. 6. §. hoc autem, & §. si damni duorum. ff. Com. diu.* Obijcitur *l. Marcius 52. §. 1. ff. Fam. ercif.* vbi seruus liber & heres esse iussus, tenetur coheredibus suis iudicio familiae erciscundae, nomine earum pecuniarum, quae apud eum reliquae sunt ex administratione rationum domini. Distingue. Aut seruus exegit pecunias domini post eius mortem, & tunc tenebitur heredibus eas communicare actione negotiorum gestorum, quia necesse non habuit heres ex parte scriptus, eas in solidum exigere, *l. eius qui. 41. ff. de re. cred.* Aut ante mortem domini exegit eas à debitoribus domini, & tunc sicut erant domini dum viueret, ita & illo mortuo hereditatis fient, ideoque familiae erciscundae iudicium coheredibus dabitur. *d. l. Marcius. §. 1.*

Secundò aduersatur *l. 3. C. de neg. gest.* in qua concurrunt in eadem causa actio negotiorum gestorum & familiae erciscundae. Resp. Diuerso respectu hae actiones concurrunt. Nam coheres quod pignus liberauerat, cuius causa est indiuidua, *l. 25. §. idem obseruatur. ff. Fam. ercif.* habet contra coheredes actionem familiae erciscundae, quia pro parte sua pignus liberare non potuit. Quod verò etiam àre alieno liberauit coheredes suos, cuius causa est diuidua, eatenus habet contra eos actionem negotiorum gestorum, quia pro parte sua à debito se liberare potuit. Ita tradit *Cuias. in tract. ad Africa. ad l. eius qui 41. ff. de reb. cred. & lib. Obs. 26. c. 36.*

A S S E R T I O X I V .

*Heredes etiam si xxx. annos in communione steterunt,
nihilominus possunt ad diuisionem prouocare.*

NO B I L I S est quaestio, an si heredes xxx. annis in communione steterint, post tantum tempus possint à communione recedere. *Gl. cum suis, in l. 1. §. adhaec. C. de anna. excep.* putat actioni de diuidenda hereditate praescribi xxx. annis, ita quod heredes, qui tandiu in communione steterunt, cogantur in ea permanere. Contra Martinus & Placentinus existimant post xxx. annos posse etiam liberè à communione recedi, & institui familiae erciscundae iudicium, vt diuidatur hereditas. Martini opinio communiter à D D. approbatur, sicut plerunque

inque eius opiniones in grauissimarum rerum controuersijs verissimas se testatur *Olden. cl. 5. act. 8.* Defenditur hæc conclusio tribus præcise argumentis. Primò, quia nascitur familiæ erciscundæ actio demum voluntate coheredum diuidere volentium. *l. 1. ff. Fam. ercis. in verb.* proponitur hæc actio à communione discedere volentibus. Vnde non currit præscriptio contra hanc actionem, quam nata sit, hoc est, iusquam ab vno coheredum renuntiata fuerit communio. Secundò, quia contra possidentem non currit præscriptio. *l. malè agitur. C. de esc. 30. an.* igitur cum vterque coheres possideat, durante communione, non potest procedere præscriptio. Tertiò, quia per pactum non potest tolli actio, quæ pro diuisione datur, pacto non potest effici, ut conortes perpetuò in communione perseuerent. *l. in hoc iudicio. §. si conue. at. ff. Com. diu.* ergo nec præscriptione hoc inducetur. *arg. l. nam satis. §. d si is. ff. Quem. seru. amit.* maximè cum neuter coheredum præscribere intendat, sed tanquam re communi vtendum putauit. *Ferra. in libel. pro ere. diuid.*

Non obstat *l. 1. §. adhac. C. de anna. excep.* quæ ait xxx. annis actioni familiæ erciscundæ præscribi: quia additur in textu, ex quo hæc actio nata est, & competere incepit: nascitur autem hæc actio tum demum, cum coheredes incipiunt ad diuisionem hereditatis prouocare. Vnde uàm diu liberè & volentes in communione persistunt, tamdiu non potuit nasci hæc actio. Pulchrè *Zax. ad §. quedam. Inst. de actio.* Vel responde, quòd lex quæ vetat post xxx. annos iudicium familiæ erciscundæ intendere, habet locum, quando vterque coheres non possedit. Vnde si vnus coheredum solus vniuersam hereditatem possedit, per xxx. annos tunc coheredem agentem actione familiæ erciscundæ ad diuisionem potest repellere xxx. annorum præscriptione. Hanc sententiam approbat *Fachin. lib. 6. contro. iur. c. 36. Sneiderwi. ad §. quedam nu. 67. 68. 69. 70. & 71. Inst. de actio.* vbi notat hanc communem esse DD. opinionem, quod heredes qui xxx. annos in communione steterunt, possint liberè à communione recedere, & ad diuisionem hereditatis prouocare, intentata actione diuisoria familiæ erciscundæ. *Costal. ad d. l. 1.*

A S S E R T I O X V.

Si convenit, ut pecuniam quam mihi debes ex causa mandati, retineas mutui nomine, mutuum contrahitur.

SI convenit, ut procurator, qui pecuniam mihi debebat ex causa mandati, in causam mutui eam retineat, conuertitur hæc conuentio in mutuum, ita ut ex mutuo rectè agi possit. *l. singularia 15. ff. de re. cred.* Et hoc singulariter receptum est, propter usum pecuniæ creditæ, quo vita hominum carere non potest. Jure communi non contrahitur mutuum, nisi de meo fiat tuum. Jure singulari contrahitur mutuum, si nummos à te mihi debitos ex causa mandati, conveniat, ut retineas & usurpes tanquam mutuos, licet pecunia nondum fuerit mea antequam eam tibi credidi. Hic jure singulari fingitur pecunia ex mandato mihi debita, prius à te mihi numerata, & deinde à me tibi credita. & sic fictione brevis manus, celeritate coniungendarum actionum, vnus actus occultatur. Ita in *d. l. singularia*, argumentatur Vlpianus.

Verùm grauitè ab Vlpiano dissentit Africanus in *l. quia negotia*, ff. *Manda.* vbi Africanus vult ex nuda conuentione non fieri pecuniam creditam: itaque non dicitur mutuum, si pecuniam quam mihi debes ex causa mandati, tibi creditam volo. Respondet *Cuiac. lib. Obs. 8. c. 8.* & in tractatu ad *Afric. in d. l. qui negotia*, quòd Africanus potius mero & subtili jure nitatur, quo re, id est, traditione propriæ pecuniæ, non nudo pacto mutuum contrahitur: sed Vlpiani sententia verior est, quæ æquitate & benignitate nititur: eaque ex *l. 6. C. Si cer. pet.* confirmatur. Nam ibi debitum ex causa venditionis non conuertitur in mutuum ex nudo pacto, ideò quòd contrahentes simularunt mutuum. Si itaque simulatio absit, erit mutuum ex pacto. Atque ita sumpto argumento à contrario sensu Vlpiani sententia hodie præualet: nec enim subtilitates iuris sunt probandæ à iudicibus. *l. sicut. §. si debitori. ff. Qu. mo. pig. sol. l. si fideiussor. 29. §. quædam. ff. Manda.* vbi dicitur, quando de bona fide agitur, non congruit de apicibus juris disputare. Vel aliter responderi potest, quòd Africanus negat, quòd ex nuda & sola pactione mutuum contrahatur, sed requiratur præterea rei interuentus. Itaque ex nudo pacto effici non potest, ut ex mandato debitum sit mutuum. Contrà Vlpianus vult rectè pacisci posse, ut ex mandato debitum retineatur in mutuum, ut scilicet fiat mutuum non ex solo pacto, sed postquam pecunia ex mandato debita fuerit mutui causâ contractata, mora seu retenta. Fuit ergo in *d. l. singularia*, pecunia

nia præfens & parata solutioni. Quod inde apparet, quia IC. *in d. l. singularia*. utitur his verbis, Si conuenerit, ut pecuniam ex mandati causa mihi debitam, crediti nomine retineas. Is retinere quid dicitur, qui jam habet, quod vult retinere. Contrà *in d. l. negotia*, res fuit acta inter absentes per epistolam, unde nec pecunia videtur præfens fuisse, vel parata solutioni. Itaque pecunia in hac specie nuda pactione credita fieri non potest. Ita ex communi DD. sententia decidit Donel. *ad d. l. singularia. num. 25. 27. & 31.* Aliam solutionem vide apud Iohan. Robert. *lib. 2. sent. iur. c. 4.* Vide etiam de conciliatione prædictarum legum Emanuel Zuarez *lib. 1. Obser. c. 4. Decholt. c. 5. ad tit. de reb. cred. nu. 20.*

ASSERTIO XVI.

Licet pecunia deposita sit gratia accipientis, conuertenda in mutuum, tamen periculum casus fortuiti non præstatur.

¶ I pecunia gratia accipientis sit deposita, sub hac conditione, ut si domum, vel prædia emitteret, esset illi mutua, periculo est depositarij. Ita traditur *in l. 4. ff. de reb. cred.* Sed quia periculi nomen diuersimodè in leuissimum accipitur, & modò damnum culpa datum significat. *l. 5. §. commo-
cum. & §. seq. ff. Commo.* modò damnum quod casu fortuito continetur, *l. si gratuitam. §. 1. & 2. ff. de præsc. rer. l. 1. C. Commo.* dubitant interpretes, quo periculo teneatur depositarius hoc casu. Ioan. antiquus glossator, & cum secuti Decius, Molinæus & Donel. *in d. l. 4.* existimant eum de casu fortuito teneri, ex hac ratione, quòd hoc depositum naturam mutui sapiat, in quo præstatur casus fortuitus à debitore. *l. incendium. C. Si per.* Pro hac sententia adfertur etiam *l. rogasti. 11. ff. de re. cred.* ubi deciditur periculum esse depositarij, si quis lancem vel massam apud eum deponat, ut eam venderet, & nummis vteretur, si ea sine culpa eius perierit. Alii affirmant hunc debitorem de leuissima tantum culpa teneri, non de casu fortuito. Quam sententiam sequuntur Azo, Bart. Castren. Zaz. & *gl. ad d. l. 4.* quibus suffragatur *Fachin. lib. 2. contr. in. c. 70.* Quæ sententia mihi sanior & probabilior videtur. Et primo hac ratione probatur, quod dominium rei depositæ ad deponentem pertinet, antequam depositarius ea utatur, periculum autem casus fortuiti ad dominum spectat, *l. pignus. C. de pig. act.* Secundo confirmatur ex *l. 1. §. sæpè ff. depo.* ubi dicitur, quod depositarius qui deposito se obtulit, periculo se obligauit,

obligavit, & tamen de culpa leuissima tantum tenetur, non verò de casu fortuito.

Hac sententia pro certo posita, ad argumenta contraria facile responderi potest: & primò, quod dicitur periculum aliquando significare casum fortuitum, hoc non obtinet in deposito, in quo periculi appellatione venit tantum culpa leuissima, *d. §. saxe.* Secundò non obstat, quod dicitur depositum hoc in casu gratia mutui factum, & ideò sapere naturam mutui: nam antequam depositarius ea pecunia utatur, manet depositum, & non potest dici mutuum, *l. 1. §. si pecunia. ff. depo.* Ideoque quoniam ipsius depositarij gratia fit depositum, tenetur de culpa leuissima, non autem de casu fortuito, sicut in alijs etiam contractibus, qui accipientis tantum causa fiunt, leuissima tantum culpa venit. *l. 5. §. commodatum. ff. Commo.* Denique ad *d. l. rogasti*, respondent DD. quod ibi dicitur rem sine culpa perijisse, accipiendum est de culpa lata vel leui, non autem leuissima. Præterea potest dici IC. ibi non loqui de deposito, sed de re data vendenda, ut pretio ex re vendita redacto venditor vteretur. Nam in deposito nunquam periculo casus fortuiti obligatur depositarius. *d. l. 1. §. saxe.*

ASSERTIO XVII.

*Debitum particulariter solui non potest, ex communi
DD. sententia, contra ALCIATVM,
& CORRASIUM.*

MULTI s legibus traditur debitum pro parte solui posse, *l. si stipulatus 9. §. qui decem. ff. de solu. §. item per acceptilationem. Inst. Qu. mo. tol. obl.* Quod tamen accedente creditorum consensu intelligendum esse, rectè Accurs. & communis interpretum Schola docet, cum inuitus creditor, ut partem debiti accipiat, cogi non possit. Hinc si pars debite pecunie offeratur & obligetur, ne pro parte quidem liberatio contingit. *l. tutor 41. §. Lucius. ff. de vsur.* Vnde Impp. Valentinianus & Valens emphyteuticariorum & patrimonialium fundorum possessoribus singulariter indulserunt, ut particularim canonem soluere possent. *l. placuit C. de coll. fund. patr. lib. xi.* Quod ad priuatos extendi non debet, idque æquitatis ratione, cum partium exactio & solutio magna adferat incommoda. *l. planè. ff. Fam. erc. Costal. ad l. quidam. ff. Si cer. per.* Pulchrè Fachin. *lib. 10. contro. iur. cap. 59.* ubi egregiè tuetur & defendit communem DD. sententiam, quod creditor inuitus non cogitur accipere solutionem partis debiti. Quam sententiam etiam eleganter defendit. *Godeus ad l. minus 31. ff. de V. S.*

Secundò

Secundò hanc sententiam confirmat, quod Paulus scribit, favore libertatis cogendum esse heredem, ut decem per partes accipiat, quæ ferus heredi dare à testatore iussus est. *l. cum heres. §. item si decem. ff. de statulib.* Quorsum enim hoc favore libertatis receptum esse Paulus scriberet, si generaliter partis solutio inuito creditore fieri posset? Vnus tamen casus notandus est, quo debitum pro parte solui potest inuito creditore: quando nimirum debitor partem pecuniæ in iudicio petiti se debere profiteatur, partem verò negat: tunc enim Prætor petito rem cogere potest, ut rem confessatam accipiat, & partem negatam iudicio persequatur, idque litium diminuendarum gratia. *d. l. quidam. l. 8. ff. Si pars her. pet.*

Ab hac communi verissima & æquissima sententia primus omnium post Decium recessit Alciatus in *d. l. quidam*, & solutionem debiti diuisionem recipientis, inuito creditore particulatim fieri posse docuit. Idem etiam conatur adstruere Corras. ad *l. 2. §. & harum. ff. de verb. oblig.* Idque auctoritate *tex. l. 2. in princ. ff. de V.O.* ubi dicitur, stipulationem certæ speciei et quantitatis recipere partium præstationem. Sed respondendum est, hoc ita accipiendum esse, quod hæ res in stipulationem deductæ pro parte solui & præstari possint, si accedat creditoris consensus: uti ex communi DD. opinione locus ille à DD. rectè explicatur.

Obijciatur secundò quod creditor potest debiti partem petere etiam inuito debitore. *l. in commodato. 17. §. duabus. ff. Commo.* Ergo etiam in debitore admitteretur particularis solutio, cum correlatiuorum eadem sit natura, maximè quod pro debitore faciat fauor liberationis. Resp. Argumentum à correlatiuis non procedit, quando diuersa est correlatiuorum ratio. Atqui hoc axioma, quod creditori inuito non possit per partes solui, introductum est in fauorem creditoris. *l. 3. ff. Fam. ercis.* Ius autem non patitur, ut quod in fauorem alicuius comparatum est, in odium eius retorqueatur. *l. nulla. ff. de legib.*

Tertium argumentum. Permissum est singulis heredibus debitoris, partem debiti hereditarij, in quam successerunt, soluere. *l. 2. C. de her. act. l. 1. C. Si cer. pe.* Ergo & ipsi debitori partem debiti inuito creditore præstare licebit: non enim ex persona heredum obligationis conditio immutari debet. *l. 2. §. ex his. ff. de V.O.* Resp. Ideò heredibus debitoris pro parte hereditaria debitum præstare permittitur, quia ipso iure & lege 12. tab. res alienum defuncti pro portione hereditaria inter singulos heredes diuiditur. *l. pacto. 26. C. de pact.* Idque ideò receptum est, quia heres ultra suam portionem non est heres, ideoque nec ultra eam portionem ut heres tenetur.

Quartò aduersatur *§. item per acceptilationem. vers. sicut. Inst. Qu. mo. toll. bl.* ubi dicitur, quod debetur, pro parte rectè solui potest. Resp. Hoc ita

T

intelli-

intelligendum est, si accedat consensus creditoris. Quod declarat similitudo in textu posita inter solutionem & acceptilationem. Sic enim inquit Imperator. Sicut quod debetur, pro parte rectè soluitur, ita pro parte debiti acceptilatio fieri potest. Itaque quemadmodum acceptilatio non rectè concipitur, nisi cum creditoris consensu, ita & solutio particularis rectè fieri nequit, nisi accedente creditoris consensu. *l. tutor. 41. §. Lucius. ff. de Vsur.* Ratio est, quia solutio debiti particulariter inuito creditore facta maxima secum trahit incommoda. *l. 3. ff. Fam. ercisc.*

ASSERTIO XVIII.

In solutione monetæ inspiciendum est tempus contractus mutui, quanta tunc æstimatio pecuniæ fuerit, nisi debitor in mora sit.

QUANDO quaeritur, cuius temporis æstimatio haberi debeat in solutione pecuniæ mutuata, dicendum est, quòd inspiciendus est valor, qui erat tempore contractus, non autem solutionis. *c. olim causam. ex. de censib.* Duo tamen casus principales sunt distinguendi. Aut debitor fuit in mora soluendi, aut non. Primo casu augmentum nummorum spectat ad creditorem. Ratio est, quia si datum esset, hoc haberet creditor: quoniam verò non dedit debitor, saltem hodie dandum est, quod jam olim dari oportuit. *l. si sterilis. §. cum per venditorem. ff. de act. emp.* Idem dicendum de diminutione, ut si tempore contractus plaris pecunia æstimabatur, & post moram diminuta sit æstimatio, teneatur debitor valorem tempore contractus vsitatum reddere. *l. 3. ff. Si cer. per. l. 3. §. ult. ff. de act. emp.* Ita de facto observari, & in curia Parisiensi iudicatum esse refert. *Costal. ad l. res in dotem 42. ff. de in. dot.* Pulchrè Guido Papa *quæst. 494.* ubi notat hanc sententiam iudicando observari. Altero casu, quando in mora non fuit debitor, liberatur soluendo tantæ summæ æstimationem, quantam accepit, & nummorum incrementum pertinet ad debitorem. Ratio est, quia in mutuo datur facultas debitori pecunia ad aliquod tempus utendi: solemus enim per mutuum subuenire necessitatibus & commodis proximi egeni: ideoque mutuo accipiens debet commodum aliquod percipere ex officio mutationis: neque statim repetenda est pecunia mutuata: Vnde debitor interim non censetur in mora soluendi: creditor enim omnem medij temporis utilitatem ei concedit. Quare si interim valor pecuniæ augeatur, non spectabit hoc ad damnum debitoris, sed liberatur, si in eadem

eadem bonitate nummos reddat, qua tempore contractus valebant, ff. *Si cer. pet.* vbi dicitur debitorem liberari, si eadem bonitate mutuum luat, qua accepit. *fa. l. Rutilia. Polla. ff. de cont. emp.* vbi dicitur, in contractibus eam æstimationem inspiciendam esse, quæ fuit tempore contractus. Ita tradunt *Hotom. in tract. de Vsur. lib. 1. c. 5. Brisso. lib. 1. de solut.* Econ-
d si valor pecuniæ decreuit, supplere debet debitor, vsque ad valorem
i erat tempore contractus. Ratio huius decisionis æquissima est, quia
i mutuatur pecuniam, ideò eam accipit, vt statim expendat, & in
is suos conuertat: igitur eo valore reddi debet pecunia, quo ad manus
bitoris verè peruenit, & in vtilitatem suam expensa est. Nec attendi-
r, quòd imposititiu valor monetæ creuit, vel decreuit, cum mutuum
contrahatur, nec alia maior vel minor quantitas reddenda sit, quàm
rè mutuata est. Accuratè *Molin. in tract. vsur. quest. 92. num. 701. 710. & 711.*
i dicit, hanc opinionem verissimam esse, & in legali æqualitate fun-
itam. *Vvesem. ad tit. Si cer. pet. Minf cent. 4. Obs. 1.*

Obijcitur prædictis *l. cum certum 9. ff. de au. & arg. leg.* vbi dicitur, quòd si
gatum sit certum pondus auri vel argenti, soluendum esse pretium seu
timationem, secundum valorem præsentis temporis, hoc est, vt *Gl. &*
D. ibi interpretantur secundum tempus solutionis. Resp. Cum quæritur,
ius temporis æstimatio in soluendo legato pecuniæ attendi debeat,
mpus præsens, hoc est, testamenti inspiciendum est; & secundum il-
d æstimatio pecuniæ legatæ soluenda est. Regula enim vulgaris *in l. si*
7. ff. eo. & l. uxorem 41. §. testamento. de legat. 3. tradita extat, quòd in legatis
rba in dubio referri debeant ad tempus testamenti. Ita eruditè *d. l. cum*
tum, declarat. *Pinel. in rub. C. de resc. vend. par. 1. c. 3. num. 22.* Vide *Andr. Gail.*
2. Obs. c. 73. Boer. decis. 327. Dissentit *Leoninus eruditissimis & acutissimus Ictus.*
incellarus Geldria conf. 31. qui vult, quod in mutuo inspiciendus sit valor
cuniæ, qui fuit tempore solutionis.

ASSERTIO XIX.

*In æstimatione rei petitæ, in strictis iudiciis tempus litis con-
testatæ spectandum est; in bonæ fidei iudicijs
tempus rei iudicatæ.*

— VNDATVR & stabilitur hæc assertio in *l. vinum. ff. Si cer. pet. l. 3. §. in hac. ff.*
— *Commo. l. ult. ff. de cond. trit.* in stricti iuris iudiciis nullum tempus ap-
tius visum est, quàm id quo lis contestatur. Itaque in his præstabitur ea
T 2 æstima-

æstimatio, quæ fuit à tempore moræ, vsque ad litis contestationem. *d. §. in hac. & d. l. ult.* Ex eo enim tempore pendet iudicis potestas, ita vt fructus & vsuræ debeantur in his iudicijs à lite contestata. *l. cum fundus 31. ff. Si cer. pet. l. videamus. ff. de vsur.* In bonæ fidei iudicijs consideratur tempus condemnationis, quanti scilicet res plurimi fuit à mora vsque ad sententiam. *l. 3. §. si per venditorem. l. si sterilis. §. cum per venditorem. ff. de act. emp.* Ratio diuersitatis est, quia in bonæ fidei contractibus petitur, quod iudex arbitratitur ex bono & æquo dari oportere: atque ita litis æstimatio refertur ad tempus rei iudicatæ. *§. in bonæ fidei. Inst. de act.* At in strictis iudicijs tempus litis contestatæ inspicitur, quia in his iudex est arbitrij sui impos, & strictè petitioni actoris deseruire tenetur. Itaque in strictis actionibus ratio æstimationis à tempore moræ habebitur vsque ad litem contestatam.

Multa huic conclusioni aduersantur: nam in *l. penul. ff. de cond. tritic.* traditur in stricti iuris iudicijs tempus moræ vel condemnationis spectandum. Præterea grauissimè obstat *l. 8. §. 1. ff. de cond. furt.* vbi dicitur apertè, non solum furem, sed omnem eum qui moram fecit, teneri in id quanti plurimi fuerit res à tempore moræ, vsque ad sententiam, & tamen conditio furtiua est stricti iuris. Resp. Illæ leges nihil huc pertinent: nam in ijs non agitur de quantitatibus vel rebus fungibilibus debitis, puta vino, oleo vel frumento, de quibus hæc assertio est accipienda; quarum rerum æstimatio pro locorum & temporum varietate mutatur: sed de certa specie debita, vt puta de homine mortuo, vel vulnerato ibi quæritur: Quæ specie extincta vel deteriori reddita propter moram debitoris, eius temporis æstimatio spectatur, quanti vnquam res plurimi fuit à tempore moræ vsque ad sententiam. *d. l. pen. Hotom. illust. quest. 16. Donel. ad l. quoties 59. num. 11. ff. de V.O.* Eleganter Cuiat. ad. *l. hominem 37. ff. Manda. in tract. ad Afric.* vbi inquit, quod nullus sit hodie vel advocatus, vel iudex, vel I Ctus, qui non hæreat, maneatque suspensus, quoties tractatur de intellectu, *d. l. vinum.*

Secundò obijcitur *l. 3. §. ult. ff. de act. emp.* vbi dicitur, quod æstimatio ea præstanda est, quanti contractus tempore res valebat, si vinum venditum non tradatur à venditore. Resp. Ibi tempore contractus statim intelligitur mora esse commissæ. Eò enim quod emtor paratus est à sua parte implere contractum, & precium soluere, statim venditor in mora constituitur, si rem venditam non tradat. *l. Iulianus. §. ex vendito. ff. de act. emp.*

Tertiò opponitur *l. cum quis. 22. ff. de obl. & act.* vbi dicitur, si quis stipulatus sit mercem in certum diem, & accepit fideiussorem, quod æstimatio reducenda sit ad tempus, quo satis accepit. Resp. Hæc *l.* ita accipienda

anda est, quod fideiussor teneatur ad ejus temporis æstimationem
 standam, quo merx solui debuit. Sicut enim eo loco censetur quis
 contraxisse, in quem solutio collata est, *l. 3 ff. de reb. aut. iud. poss. l. contraxisse.*
ff. obl. & act. Sic etiam simpliciter fideiubens, in id tempus censetur so-
 lutionem contulisse, quo principalis debitor soluere tenebatur. Itaque
 fideiussor præstabit eam æstimationem mercis, quanti eo tempore valuit,
 quo debitor promiserat se soluturum; non verò quo tempore fideiussit:
 quia fideiussor non potest in duriores causam obligari, quàm principa-
 lis. *l. Græcè. §. illud. ff. de fideiuss.*

Quartò opponitur *l. fundum 28. ff. de novat.* vbi dicitur, fundo promisso,
 que sine culpa debitoris meliore vel deteriore facto, præsentis tempo-
 ris æstimationem deberi. Resp. Per tempus præsens non intelligitur tem-
 pus præteritæ æstimationis, quæ fuit tempore stipulationis, sed quanti res
 tempore litis contestatæ, nisi post moram promissoris fundus deterior
 factus est, hoc enim casu ad tempus moræ refertur æstimatio. *l. homi-
 n. 37. ff. Manda.*

Quintò obstat *l. hominem. ff. Manda.* vbi dicitur in actione mandati, qua
 sit fideiussor, qui pro reo seu debitore hominem solvit, spectari tempus
 solutionis, non tempus litis contestatæ, vel condemnationis. Resp. Hoc
 speciale est, in actione mandati, vt spectetur tempus solutionis. Nam actio
 mandati tantum datur in id, quod abest, abfuturumque est eo nomine
 debitori. Atqui id tantum abest fideiussori agenti actione mandati, quo dig-
 nus fuit servus solutionis tempore, non id quo postea dignior factus est,
 & si fortè servus postea depretiatus fuerit, non idèò minus fideiussor
 consequetur. Vel vt clarius dicam. Cum mandatarius neque lucrum, ne-
 que damnum ex negotio, quod pro alio suscepit, sentire debeat. *l. idem-
 de 10. §. 1. & sequ. l. ex mandato 20. ff. Manda.* præcisè inspicendum est, quid
 abest. *l. inter 26. §. abesse. & §. præterea. l. si verò 12. §. si mihi mandaveris. l. si quis
 cui 27. §. impendia. ff. d. r.* Quod non melius sciri potest, quam si ad id tem-
 pus, quo mandatarius pro mandante solvit, æstimatio referatur, licet eo
 tempore nulla mora, nulla litis æstimatio, aut nulla condemnatio facta
 fuerit, quia non aliter indemnus mandatarius præstari posset. Ita eleganter
 spondet Anto. Faber acutissimus ICtus in *C. Fabria. ad tut. Si cer. pet. definit. x1.*
lib. xvi. coniect. cap. vii. & ix.

T ;

ASSER-

Præses Euerar. in loco à contrario sensu: quod est in casu notum, cum ex eo corrigatur d. l. 2. in princ.

Quarto, pro contraria sententia adfertur, Quoties duo æquipollent, non refert, quid ex eis fiat. l. mulier. in prin. ff. ad S. C. Treb. l. si mater. C. de rei & subst. Præses Euerar. in loco ab æquipoll. Sed frumentum & eius æstimatio æquipollentia sunt: quia æstimatio vice rei fungitur. Ergo non refert, utrum frumentum, an æstimatio solvatur. Resp. Tunc æstimatio vice rei fungitur, ubi res solui non potest. fa. l. si non sortem. 26. §. libertus. & interdum ff. de cond. ind. sed nos loquimur, quando solui potest frumentum, tunc non videtur esse locus solutioni æstimationis. Secundò responderi potest, quod procedit hæc argumentatio in alijs contractibus, non in mutuo, in quo debet idem genus reddi, non diuersum. Itaque opinio Iacobi de Arena nulla nititur ratione vel lege, cui responderi non possit. Eruditè & copiosè Tob. Nonius ad tit. Inst. Qu. mo. re cont. obl. l. 28. ubi notat, hanc opinionem, quod pro vino mutuato, non possit mutuo creditori reddi pecunia, vel æstimatio, communiter D D. sequi & amplecti.

ASSERTIO XXI.

Quia alia contractus opinione, quàm dati sunt, quis nummos accepit, ut puta si ego tibi pecuniam quasi donaturus dederim, tu quasi mutuam accipias, neque mutuum, neque donatio erit.

PROBATVR hæc sententia apertè in l. si ego. 19. ff. de reb. cred. Obijcitur l. cum in corpus. ff. de adq. rer. dom. ubi dicitur, si in causâ dandi atque accipiendi dissenserint contrahentes, modò in corpus quod traditur, consentiant, non impediri translationem dominij; ut puta si ego pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi mutuam accipias. Resp. In l. cum in corpus, præcesserat contractus donationis, seu præcessisse credebatur, & ille qui numerauerat pecuniam donandi gratia, ante promiserat se donaturum, vel saltem se promisisse putabat. Ideoque cum numeret postea tanquam ex præcedenti obligatione, dominium transfertur, & favore liberationis toleratur ibi dissensus. Sed in l. si ego, nulla præcesserat donandi promissio, sed in ipsa numeratione pecuniæ interuenit dissensus, nullo præcedente contractu. Quod patet ex l. si ego. dum l. C. utitur verbo donaturus, quod denotat futuram donationem.

tionem. Probatut etiam solutio, quod *in d. l. cum in corpus*, præcedens exemplum agat de eo, qui fundum tradidit tanquam obligatus ex præcedent debito, scilicet ex testamento: alter autem accipiat fundum ut debitum ex antecedenti stipulatione. Ergo & sequens exemplum videtur ita accipiendum. Adde, quod utatur *I C. in l. cum in corpus*, his verbis, si pecuniam tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, id est, tibi debitam ex alia aliqua præcedenti obligatione. Itaque si contractus donationis præcessisse credebatur, dominium transit, *d. l. cum in corpus*. Si non putet donator præcessisse, non transit dominium, nisi pecunia consumatur. *d. l. si ego*. Attamen indebiti condictio competit utroque casu, si solvendi animo traditum sit errore facti. *l. 1. ff. de cond. indeb.* potuit enim donator credere obligationem donationis præcessisse quæ reuera non suberat, & ita soluere indebitè. Quod si scienter dedit animo donandi, cum nulla præcessisset donandi sponsio, consumtis nummis condictionem non habet, at exantes adhuc vendicari possunt. *d. l. si ego*. ubi Baro in *manu. Gilb. Regius lib. 2. è ταντίο Φ. c. 20.* Probant hanc conciliationem *Alcia. lib. 5. Parerg. c. 15. Iulius Pacius. centur. 3. è ταντίο Φανών. quest. 68.*

ASSERTIO XXII.

Debitor post biennium exceptionem non numeratæ pecuniæ opponere potest, dummodo exceptionem probet,
contra DONELLVM.

QVI scripsit se debere, quod numeratum non est, tenetur quidem ex literarum obligatione, sed intra biennium exceptionem non numeratæ pecuniæ opponere potest; quæ exceptio rejicit onus probandi in creditorem, ut scilicet is probet pecuniam reuera numeratam fuisse. *l. 3. C. de non num. pec.*

Sed ille articulus controuersi iuris est, an elapso biennio exceptio non numeratæ pecuniæ opponi possit. Et communis est DD. sententia, posse etiam post biennium hanc exceptionem proponi, modò reus probet suam exceptionem, videlicet pecuniam sibi non fuisse numeratam. Quod probatur ea ratione, quia exceptiones natura sua sunt perpetuæ, adeò ut ne quidem xxx. annis præscribantur. *l. purè. §. ult. ff. de exc. doli.* Accedit & altera ratio, quod iniquum sit aliquem locupletari cum alterius iactura, quod fieret hoc casu, si debitor, qui post biennium paratus est probare pecuniam sibi non fuisse numeratam, non posset opponere exceptionem

non numeratæ pecuniæ. Itaque si creditor sciret pecuniam se non numerasse, meritò etiam post biennium exceptio non numeratæ pecuniæ obijci posset, quia malæ fidei possessor qualis est hoc casu creditor, rem constat pecuniam mutuam non numerasse. nullo vnquam tempore præscribit. *c. possessor. de R.I. in 6.* Hæc sententia est æquior, & in foro conscientiæ tutior. *Dynus. in c. locupletari. de R.I. in 6.*

Obijcitur *l. in contractibus. C. de non num. pec.* vbi dicitur, quòd in chirographo scripsit se mutuum accepisse, ita efficaciter post biennium obligatur, vt jam amplius queri nullo modo possit. Resp. Non potest debitor post biennium hanc exceptionem opponere, vt contra naturam aliarum exceptionum eo priuilegio fruatur, vt onus probandi transferat in actorem, sed tamen eatenus illi licebit post biennium hanc exceptionem non numeratæ pecuniæ opponere, vt secundum communem naturam aliarum exceptionum, obiectam exceptionem probare cogatur, doceatque numerationem non esse factam à creditore, per *l. assueratio. & l. generaliter. de non num. pec.* Lapsus enim biennij non inducit pro instrumento præstationem iuris & de iure, sed tantum præsumtionem iuris, quæ admittit probationem in contrarium *l. cum precibus. C. de proba.* Ita sensit *Iacobus glossator. in d. l. in contractibus, in verb. nullo modo:* quam opinionem *Baldus, & l. y. & Castren. ibidem, & communis DD. schola amplectitur. Sneideri. ad tit. Inst. de iur. oblig. num. 11. & ibidem Bart. ad l. generaliter. C. de non. nu. pec. Gomez. tomo. 2. iur. resolut. cap. 6. uum. vlt. Dissentit Fachin. lib. 2. contro. iur. cap. 81.*

ASSERTIO XXIII.

Si pro pecunia species vendenda data sit, vt redacta ex pretio pecunia credita sit, mutuum contrahitur.

TRADITVR hæc sententia expressè ab *Vlpiano in l. rogasti. xi. ff. de reb. cred.* Sed opponitur *l. rogasti 19. ff. de præsc. ver.* vbi ex tali facti specie gitur præscriptis verbis, tanquam ex contractu innominato. Resp. hoc est mutuum, quando is qui rem vendendam accepit, precium recipit, idq; de ex proposita specie *in d. l. rogasti xi.* satis euidenter intelligitur. Enim actum est, vt rem venderes, & nummis vtereris, nempe acceptis; noniam nisi acceperis, vti non potes. Sin autem nondum vendidit, vel vendidit, sed pretium nondum exegit, tunc nondum est mutuum; quia mutuum dici non potest, nisi accepti à debitore pecunia, neque species in mutuum cadere potest. Ideoque præscriptis verbis actio hinc competit,

V

qua

qua venditor conuenta facere vel promillâ præstare cogitur. *Zac. ad l. rogasti. ff. Si cer. per.*

Secundò obijcitur *l. qui negotia. 34. ff. Manda.* vbi dicitur, eum, qui cum pecuniam mutuam dare vellet, argentum vendendum dedit, pecuniam creditam non rectè petere. Resp. DD. quòd. *d. l. qui negotia*, accipienda sit in eo casu, quando res vendenda data est ea lege, vt pretium prius restitueretur domino, quàm illud crederet. Quod videtur quodammodò colligi ex *tex. d. l. qui negotia*, eò quòd dicat *tex.* eum qui pecuniam mutuam dare vellet. ergo nondum dedit: non enim expressè conuenit, vt statim post rem venditam pecunia vteretur. In *d. l. ff. de reb. cred. l. autem rogasti*, nominatim actum est, vt re vendita venditor pretio vteretur. Vel dicendum, Africanum ad strictum ius respexisse, quo iure mutuum dici non potest: quia pecunia nunquam fuit mea, ergo non est factum de meo tuum, ac proinde non est mutuum. Sed *Ulpianus in d. l. rogasti*, ex bono & æquo sustinet mutuum per fictionem brevis manus: quia fingitur pecunia ex venditione rei meæ redacta mihi soluta, deinde à me tibi mutuò data *l. singularia. ff. de re. cred.* Præualeat autem benignitas, & negligitur subtilitas juris, *l. si fideiussor. §. quadam. ff. Manda.* Hanc etiam solutionem tenet & amplectitur. *Iul. Pacius centuria 3. ἐν ἀντιοφανῶν quest. 64.*

ASSERTIO XXIV.

Actor licet ipse nihil probauerit, reo iusiurandum iudiciale deferre potest.

PROBATVR hæc sententia per *l. cum de indebito. §. in omnibus. ff. de prob. l. manifesta. 38. ff. de iureiur.* vbi dicitur quòd manifestæ turpitudinis, id est calumniæ & confessionis est, nolle nec jurare, nec iusiurandum referre. quod perinde est, ac si dicat IC. Si cui defertur iuramentum noluerit nec iurare, nec iuramentum referre, habetur pro confesso. Cum enim actor æquissimam conditionem in delatione iurandi reo proponat, quòd eum suæ propriæ causæ testem & iudicem faciat, certè sine manifesta calumnia eam conditionem non potest repudiare: Ideoque tacitè debitum censetur confiteri, quod præstito iureiurando poterat negare, & proinde maliciosè solutionem debiti, quòd tacitè confitetur, recusare censetur. Eruditè *Donel. ad tit. de iureiur. c. 12. num. pen. & ult.* His addunt *textus expressi in l. tutor 35. ff. de iureiur.* quæ ait tutorem omnibus alijs probationibus deficientibus posse iusiurandum deferre, item *l. ult. §. licentia. C.*

l. 2. de iur. delib. vbi dicitur, quòd si aliæ omnes probationes deficiant, tunc testarii & creditores possunt heredi deferre iusiurandum, vt veram hereditatis quantitatem manifestet.

Obiicitur *l. generaliter 12. §. sin autem is. C. de re. cred.* vbi dicitur, posse iusiurandum ab eo cui defertur, recusari. Resp. Tum demum potest reus iusiurandum recusare, si iustas & probabiles causas habeat non recipiendi iurandi. Iustæ autem causæ recusandi sunt, si reus veritatem causæ suæ verbis & instrumentis vel aliis idoneis probationibus confirmare possit. Tunc enim à præstatione iurandi est immunis. *c. 2. ex. de prob. c. vlt. de iureiur. VVes. in parat. de iureiur. num. 9. Ferra. in for. resp. rei conven. in verb. iurandi.* Item iusta causa est recusandi iurandi, si cui de facto alieno deferatur iusiurandum, quia nemo tenetur anceps periculum subire: nec e qua re non liquet, iurare nemo compellitur. Sic vxor quæ dicitur inuuisse res mariti, iurare compellitur, pater vel heres eius iurare non cogitur, quòd sit iniquum de facto alieno quenquam iurare. *l. Marcellus. ff. Rer. amo. l. 4. ff. de in lit. iur.* Eodem modo heres de contractu defuncti non iurat, procurator de facto domini non iurat. *l. iusiurandum 34. §. procurator. ff. de iureiur. Paul. lib. 2. sent. tit. 1.* Vnde colligitur, quòd *d. l. manifesta*, non cogatur per *d. §. sin autem is.* vt communiter notant DD. sed restringatur tantum, vt videlicet is cui defertur iusiurandum, cogatur etiam hodie iurare, vel iusiurandum referre, nisi habeat iustam recusandi causam. *Cynus ad l. generaliter, num. 4.* Idque euidenter probat *§. vlt. eiusdem. l.* vbi dicit Imp. antiquioribus legibus nihil hac constitutione derogare, sed supplere, si quod iis deesse videatur.

Secundò obiicitur *l. qui accusare. C. de eden.* vbi dicitur, quòd auctore non probante, reus etsi nihil præstiterit, id est, nihil probauerit, non iurauerit, soluendus sit. Respondet *Castren. ad d. l. manifesta*, quòd ista lex intelligenda est, si actor omninò defecit in probatione, quòd tunc non possit à iudice reo deferri iusiurandum, eo enim casu reus non tenetur iurare. Iudex inquam non potest parti alicui seu litigatori deferre iusiurandum, quando nihil ab eo probatum est. Nam iusiurandum suppletorium, quod necessarium DD. vocant, non defertur à iudice litigantibus in iudicio, nisi vbi semiplanè probatum est. *l. 3. C. de reb. cred. l. admonendi 31. ff. de iurciur.* Non iudex potest tantum deferre iusiurandum, si causa sit dubia, & probationes ancipites & parum idoneæ suppetant. *l. admonendi. ff. de iurciur.* Aliud dicendum est in iureiurando delato à parte parti, hoc enim tenetur reus omninò præstare, vel referre, *l. iusiurandum 34. §. ait Prator. & §. vlt. de iurciur.* Nec etiam probatione omninò destituitur actor, qui iurandi conditionem vel alteri offert, vel ipse suscipere paratus est: quia satis probat,

qui defert vel præstat iusiurandum *d. l. cum de indebito. §. in omnibus. l. cum qui 30. ff. de iureiur. l. ult. C. de fideico.* Approbat hanc solutionem *Cuiac. lib. Obs. 22. c. 28.* Postremò notandus est singularis casus in *l. ult. C. de fideicom.* ubi heres cogitur iurare, vel soluere, nec potest heres legatario deferenti iusiurandum illud referre: quando videlicet in minus solenni testamento, sine ullis testibus, vel sine scriptura confecto, reliquit testator legatum vel fideicommissum, confusus de sola fide heredis, si tunc heres negauerit fideicommissum esse relictum, & legatarius super ea quæstione deferat ei iusiurandum, cogitur heres necessariò iurare, aut legatum soluere, nec potest iusiurandum sibi delatum à legatario, ei referre.

ASSERTIO XXV.

Periurium legibus legitima pœna punitur.

PROBATVR hæc assertio multis legibus. Primum adducitur notabilis *tex. in l. 2. §. ult. C. de ind. vid. toll.* ubi ait Justinia. satis inhumanum esse, per leges quæ periuria puniant, viam periuriis aperiri. Secundò confirmatur hæc sententia *per l. si quis maior. C. de transf.* ubi qui violat transactionem iurata, notatur infamia, unde & periurus à dignitatibus honoribus & beneficiis repellitur. *l. quoties. C. de dignit. lib. 12.* Tertiò comprobatur hoc *per l. ult. ff. Stellio.* ubi pœna stellionatus scilicet exilij, periuro interrogatur. Quartò manifestè probat hanc assertionem. *l. quod si deferente 21. in fi. cum l. seq. ff. de dolo.* Vbi scribit IC. stari debet religioni, quia sufficit per iurii pœna. Postremò idem conuincitur *per l. si duo 13. §. ult. ff. de iureiur.* ubi periurium fustium castigatione vindicatur. Ex quibus omnibus legibus abundè probatur periurium extra ordinem criminaliter puniri iudicis arbitrio.

Sed vehementer refragatur *l. 2. C. de re. cred.* ubi dicitur, quod iusiurandi religio contempta satis Deum ultorem habeat, additurque pœnam corporalem pro periurio non infligi. Resp. Hæc pugnantia responsa tali distinctione conciliantur. Si quis temeritate, vel inconsulto calore quodam iracundiæ motus peierat, sine alterius incommodo, pœna non est dignus. *d. l. 2. C. l. alienam. C. Ad l. Iul. maiest. l. ult. in prin. ff. Ad municip.* Qui vero in negotiis contrahendis, aut iudiciis, fraudandi alterius causa, consulto peierat, pœna merito afficitur, siue per DEVM, siue per salutem Principis peierauit. *d. l. si duo. §. ult.* Hæc est communis & recepta DD. distinctio, quod scilicet periurium puniatur extra ordinem iudicis arbitrio, quando adfert manifestam publicam vel priuatam alterius læsionem. Quam sententiam appro-

probat *Duare. lib. 2. disp. c. 37.* & eruditè defendit *Meno. de arb. iud. lib. 2. cent. quest. 319.* Dissentiunt *Donel. in tracta. de iureiurando. cap. xi. nu. 4. Fachin. lib. 1. intro. iur. cap. 14.* qui tradunt periurij per Deum commissi nullam esse pœnam iure civili constitutam. Idem confirmat *Cuiacius lib. 2. Obser. c. 19.*

Secundò obijcitur hoc argumentum. Nemo potest à conuentione se-
mel inita recedere, eamque impugnare *l. sicut. C. de obl. & act.* Sed in iureiurando ab aduersario in iudicio delato, voluit deferens stare religioni iurantis, habetque hoc iusiurandum vim transactionis & conuentionis, *l. quod si deferente ff. de dolo. l. 2. ff. de iureiur.* Ergo non debet peieranti pœna infligi, quia volenti non fit iniuria, neque retractari debet id quod iureiurando decifum est. Resp. Non rescinditur propter periurium id quod iureiurando decifum vel transactum est, propter conuentionem us qui detulit, sed nihilominus propter dolum & perfidiam periuro pœna extra ordinem infligenda est, rato manente interim iureiurando. *ulchtè Oldendorp. in classib. char. l. act. 9.*

ASSERTIO XXVI.

*Causa iureiurando decisa prætextu periurij
retractari non potest.*

TEx. est *in l. 1. C. de re. cred.* Ratio huius assertionis est, quia in actione in factum ex iureiurando non quæritur, an actori pecunia debeatur, sed tantum an iurauerit, vt intelligamus, si actor probauerit se iurasse, reus omnimodò damnandus sit. *l. 5. §. dato. ff. de iureiur. l. post rem. ff. de re. iud.* Accedit & altera ratio, quòd iusiurandum speciem transactionis habet. *l. 2. l. tutor 35. §. 1. ff. de iureiur. l. quod si deferente 21. ff. de dolo.* Transigere amque videtur de iure suo, qui rem committit religioni & conscientie aduersarij: igitur de eo rursus experiri non potest, etiamsi periurij arguat aduersarium. Quod enim semel mutua conuentione sopitum est, non debet prætextu periurij retractari. *d. l. quod si deferente.*

Obijcitur *l. admonendi ff. de iureiur.* vbi sententia lata secundum iusiurandum actoris, propter instrumenta de nouo reperta retractatur. Resp. Assertio hæc intelligenda est de iureiurando conuentionali, quod ex consensu vtriusque partis extra iudicium deferretur, & iudiciali iureiurando, quod ab vno litigatorum alteri in iudicio deferretur. Hisce generibus iusiurandi finita lis, neque prætextu periurij, neque propter instrumenta de nouo reperta retractari potest, quia hæc iuramenta instar transactionis sunt. Aliud obtinet in iureiurando necessario, quod à iudice propter

inopiam probationum alteri litigantium deferatur: sententia enim ex tali iureiurando lata, propter probationes de nouo repertas retractari potest, de quo iuramento loquitur d. l. admonendi, ut ibi notat *Costal.* Ratio duplex est, primò quia inopia probationum iudex iusiurandum detulit, ergo copia probationum emergens id infirmat. Secundò in hoc iuramento nullus vertitur consensus litigantium, cum iudex vni litigatorum hoc deferat altero inuito, quem nouis instrumentis comprobantem aduersarium falsum iurasse, audiri æquum est, quia ipse in delationem iusiurandi non consensit.

Secundò obiicitur *l. ult. C. de re. cred.* vbi iuramentum prætextu periurij retractatur in casu scilicet legati aut fidei commissi, quod legatarius nondum cognitis verbis testamenti iurauit sibi deberi, herede deferente: aperto enim postea testamento, si appareat nihil ei relictum, iusiurandum retractatur, & datur heredi conditio indebiti, qua legatum perperam solutum repetit. Resp. Hoc specialiter fauore vltimarum voluntatum receptum est, quia publicè interest extremas hominum voluntates exitum fortiri, *l. vel negare. ff. Test. quem ap.*

Tertiò opponitur *l. in duobus 28. §. ult. ff. de iureiur.* Vbi prius iusiurandum retractatur per posterius. Resp. Necessitas facit, ut hic vnum tantum iusiurandum seruetur, quia vtrunque non potest seruari, tanquam sibi contrarium. Ideò autem posterius seruetur, quia in pactis novissima seruanda sunt, & iusiurandum proficiscitur ex conventionione. *l. qui iurasse 26. §. ult. ff. de iureiur.* & contractus instar obtinet. *l. 5. §. 1. ff. de pecul.*

ASSERTIO XXVII.

In criminalibus causis non deferatur à iudice iusiurandum, in supplementum probationis.

CONTROVERSA est quæstio inter DD. An in causis criminalibus decidendis locus sit iuramento suppletorio. Sed verior est sententia *Bartoli Castrensis*, & aliorum in *l. 3. ff. de iureiur.* in criminalibus causis non esse locum huiusmodi iureiurando. Quorum sententia probatur hac euidentissima ratione, quia in causis criminalibus actor liquetissimè probare debet quod intendit, & adferre probationes meridiana luce clariores. *l. ult. C. de prob.* nemoque ex crimine pœna aliqua condemnandus est, nisi vel confessus sit delictum, vel probationibus clarissimis conuictus. *l. qui sententiam. C. de pœnis.*

Obiicitur *l. 3. §. ex quacunque. ff. de iureiur.* vbi dicitur, quacunque actione quis

quis conveniatur, siue pœnali, siue rei persecutoria, locum esse delat-
ni iuramenti. Resp. Hoc verum est, si causa criminalis ciuilitè inten-
tur ad priuatam vtilitatem: si verò de crimine agatur criminaliter, ad
publicam vindictam, non est locus huic iuramento. Hoc probat verbum
tionis, quo vtitur IC. *in d. §. quacunq̃ue*, quod de actione criminali ciuili-
tentata est intelligendum. Vbi enim criminaliter agitur, dicitur po-
s accusatio, quam actio. *l. de fide. C. Adl. Corn. de fals.* Hæc est communis
recepta DD. opinio *in d. l. 3.* vt notat *Vvesem. in parat. de iureiur. num. 10.*
tradunt *Glos. & Bart. in l. maritus. ff. de quæst. Ias. in l. admonendi. num. 224. de*
iur. vbi communem dicit. *Menoch. in arbitrar. Iudic. lib. 2. centur. 5. casu 264.*
probat *Fachin. lib. 1. contr. c. 15.* Quòd igitur *in l. furri 6. §. pactus. ff. de his*
q̃ not. in fa. dicitur, quòd reus qui in actione furti vel simili famosa iu-
ruit, innocentiam suam quodammodò testatus est, intelligendum est
iudicio ciuili, non criminali.

ASSERTIO XXVIII.

*Ex iureiurando promissorio nulla oritur
actio iure ciuili.*

EX iureiurando, quod promissorium DD. vocant, non oritur actio
iure ciuili, sicuti nec ex pacto. Probatur hæc sententia, quia specia-
liter constitutum est, vt si libertus iurauerit se operas patrono datu-
m, obligatio contrahatur. *l. vt iurifurandi, 7. & l. seq. ff. de op. liber. l. 13. in pr.*
accept. l. vlt. ff. de lib. cau. l. si quis pro eo. 56. ff. de fideius. vbi dicitur, vt iurifu-
ndi obligatio contrahatur, libertum eum esse oportet, qui iuret, & li-
tatis causa iurare. *d. l. vt. iurifurandi 7. in princ.* Si hoc specialiter est con-
stitutum in liberto, vt ex iureiurando eius, quo promisit se operas patrono
æstiturum, detur actio, sequitur in alijs personis ex iureiurando obli-
gationem non produci, & sic iurifurandum non est modus inducendæ ob-
igationis vel actionis, nisi tantum in hoc speciali casu, si libertus promisit
operas patrono exhibiturum.

Obijcitur *in contrarium Auth. sacramenta. C. Si adu. vend.* vbi dicitur pactum
infirmari iuramento, & seruandum esse iuramentum, quod frustra dice-
tur, nisi obligationem & actionem pareret. Resp. Iuramentum quidem
infirmat contractum, & seruandum est, item ex contractu iurato nasci-
r actio, sed iuramentum per se solum non est potens & efficiens ad
oducendam actionem.

Secundò aduersatur *l. si quis maior. C. de transf.* vbi dicitur agi posse ad
pœnam

pœnam contra eum, qui transactionem iurata non seruauit. Igitur oritur ex transactione iurata actio, cum alioqui ex nuda transactione agi non possit. *l. siue apud a. l. a. C. de transf.* Resp. ex sententia *Alciati ad d. l. si quis maior*, actionem ibi ad pœnam dari, quia intelligitur esse promissa per stipulationem. Approbat *Fachin. lib. 2. contr. c. 100. & lib. 3. c. 12.* vbi egregie & solide defendit ex iuramento promissorio actionem non oriri. Deinde ibi non fuit omnino nuda transactio, sed præter conventionem aliquid datum vel factum fuit causa transactionis, quo casu transactio in contractum innominatum transit, & producit actionem.

Tertio obijcitur, quod traditur in *l. si duo 13. §. si quis iurauerit ff. de iureiur.* quod si quis iurauit se credidisse pecuniam vel societatem contraxisse, vel emisse, quod detur ex hoc iureiurando actio. Resp. Aut iuramentum interponitur super legitimo contractu, & tunc actio directa quæ ex tali negotio competit, vtiliter propter iusiurandum conceditur, quamuis de negotio non appareat, vel etiam actio in factum iuratoria locum habet. Aut iuramentum præstatur nulla prorsus adiecta causa, quod DD. iuramentum informe vocant, & tunc ex tali iureiurando nulla producitur actio: quia in iudicijs nihil sine generali vel speciali causa debet admitti, *Olden. d. l. act. 9.*

Postremo arguitur ex *l. 3. C. de re cred.* vbi dicitur, quod ex iureiurando actio in factum competat ad similitudinem iudicati. Resp. Hoc verum est, si iusiurandum subsequatur sententia iudicis, tunc enim vtilis actio iudicati ex eo producitur. *Cuiac. in parat. C. ad tit. de re cred.* Illud denique sciendum, quod licet iure Canon. nulla ex iuramento promissorio oriatur obligatio, vel actio, tamen iudicis officio potest quis compelli vt præstet quod iurato promissit. *c. cum contingat, ex de iureiur. c. ult. de fo. comp. in 6. Fachin. d. contro. 100.* Diuersam sententiam, quod scilicet iuramentum promissorium producat obligationem & actionem iure ciuili, probant & defendunt *Vesem. in parat. de iureiur. & Franc. Sarmientus lib. 1. select. interp. c. 3.* Vide eleganter de hac questione differentem reconditæ eruditionis virum, & subtilissimum *I. Cuiac. lib. Obs. 22. c. 7.* vbi eruditè docet non esse maiorem vim iusiurandi, quam pacti. Et proinde sicut ex nudo pacto non oritur actio, ita neque ex iuramento promissorio. Quod attinet ad ius Canonicum, verior est sententia, quod nec eo iure ex iureiurando promissorio competat actio, sed tantum quod per censuram ecclesiasticam compellendus sit is qui iuravit, ad præstandum id quod promissit. *c. ult. de for. comp. in 6.* Ita eleganter & eruditè tradit & declarat. *vir excellens & diligentissimus Iuris interpres. Fachineus lib. 3. contro. Iur. c. 12.* vbi alios etiam laudat suæ sententiæ assertores.

ASSER.

ASSERTIO XXIX.

*Iusiurandum iudiciale etiam per procurato-
rem præstari potest, domino-
que prodest.*

PROCURATORES & defensores non coguntur inuiti suscipere & præstare delatum sibi ab aduersario iusiurandum, quia nemo de facto alieno iurare cogitur *l. Marcellus. §. iurare. ff. Rer. amo. l. iusiurandum 34. §. procurator. ff. de iureiur.* Sed quæritur, an si ultro sit paratus iurare procurator, admitti debeat ad iurandum. Quod verius videtur, per *l. 9. §. pen. ff. de iureiur.* Vbi dicitur, quod iusiurandum procuratoris ei ab aduersario datum profit domino, pariatque domino, si reus sit exceptionem, si verò actor sit, actionem ei producat.

Sed obstat *l. generaliter 12. §. his ita de presentibus. C. de re. cred.* vbi dicitur de per procuratorem ventilata, ipsum dominum debere præstare iusiurandum. Distinguendum ex sententia *Bart. in l. qui bona. §. si alieno. num. 15. ff. de dam. inf.* cuius opinio in praxi seruatur, teste *Vvesem. in parat. de iureiur.* Aut aduersarius qui iusiurandum defert, contentus est, vt reus per procuratorem iuret, & tunc volens procurator ad iurandum admittitur, in utilitatem domini. Aut aduersarius non vult stare ipsius iureiurando, sed vult dominus ipse iuret, & hoc casu procurator iurare volens non est audiendus, sed ipse dominus iurare, & per se respondere cogitur. *d. §. his ita. l. uoties. §. pretor, & §. seq. ff. de nox. act.*

Secundò obijcitur, quòd per liberam personam alteri non acquiritur actio. *l. i. C. Per qu. perso. no. acqu.* Resp. Hoc in iureiurando aliter se habet: actio iusiurandum parem vim habet cum re iudicata. *l. actori. C. de re. cred.* Sicuti ergo ex lite per procuratorem peracta competit domino actio iudicati, *l. in causa 27. §. vlt. & l. seq. ff. de procur.* ita & in factum actio competit domino ex iureiurando procuratoris. *l. 9. §. penul. l. vlt. §. pen. ff. de iureiur.*

ASSERTIO XXX.

*Etiā ob latam culpam iuratur in litem, & lata culpa
continetur sub dolo in civilibus causis.*

DVBITATUR inter D.D. An ob latam iuretur in litem. Ioan. & Azo. negant. Mouentur verbis tex. in l. 5. ff. de in lit. iur. qui ait in litem iurari ob solum dolum. Hæc verba taxatiua, solum, duntaxat, tantum, & si qua similia solent in legibus nostris esse præcisa, & casus similes excludunt. l. non solum. §. tale. ff. de lib. leg. Hinc excludunt etiā latam culpam, quæ dolus non est, sed tantum ei comparatur. l. 1. §. hæc actio. ff. Si men. fal. mo. Mouet quoque eos, quod dolus in pœnis non solet ad latam culpam produci. l. in lege 7. ff. Ad l. Cor. de fisa. Hoc sequuntur Acc. Bart. Castr. & Ias. in d. l. 5.

Sunt etiā qui ob latam culpam affirmant iurari in litem, quæ est Fulgofij sententia. Mouetur hac ratione, quod lata culpa dolo comparatur. d. l. 1. Mouetur deinde per tex. in l. is qui. C. de in lit. iur. vbi expressè & retundè dicitur ob latam culpam in litem iurari. Cuius sententiæ sectatores se præbent Duare. in d. l. 5. Coras. lib. 4. Misc. c. 2. Zaz. in singul. in tellect. c. 2. nu. 34. & 35. Mihi videtur verior hæc sententia, quod etiā ob latam culpam iuretur in litem: nam lata culpa non solum dolo comparatur, sed est quoque doli species: quod probat Celsus aperta voce in l. quod Nerua. ff. depo. quia est dolus præsumtus iuris interpretatione, vt rectè notat Acc. in d. l. quod Nerua. Idem probat l. 1. §. is quoque. ff. de obl. & act. vbi dicitur quod lata culpa, quæ magna negligentia appellatur, in doli crimē incidat.

Non obstat quod ait I C. in d. l. 5. duntaxat, vel ob solum dolum in litem iurari: nam & de agrimensore dictum est, quod de dolo duntaxat teneatur. in d. l. 1. §. hæc actio, nihil tamen id impedit, quo minus & latam culpam præstet. d. §. hæc actio. vers. lata culpa. Sic etiā de depositario traditum est, quod duntaxat de dolo teneatur in l. contractus. ff. de R. I. nihil tamen dubitat Celsus, quin & de lata culpa teneatur, in d. l. quod Nerua. Idem denique responsum est in precario in l. quæsitum. §. cum quoque. ff. de præc. nam & lata culpa dolus est. l. magna 226. ff. de V. S. Nec obstat, quod prædictæ leges vtuntur particulis taxatiuis, nam hæc dictiones taxatiuæ, veluti tantum, solum, duntaxat, non excludunt casus similes. l. ob as alienum, & ibi Gl. & Bart. C. de præd. & al. reb. mino.

Denique non obstat, quod dolus in delictis non porrigatur ad latam culpam: Nam id verum est, si ad pœnam corporalem agatur. d. l. 7. Si autem delicti

delicti pœna pecuniaria sit & ciuilis, lata culpa pro dolo est, & doli appellatione continetur. *tex. apertus in l. 1. §. non aliàs. ff. Si quis test. lib. offe. &c.*

ASSERTIO XXXI.

In iureiurando in litem habetur ratio affectionis.

QUOD affectionis ratio hebeatur in hoc iuramento, probat *l. tutor 8. ff. de in lit. iur.* vbi dicitur ex arbitrio actoris pretium statuendum in iuramento in litem. Illud autem optima ratione traditum est, in hoc iuramento ex arbitrio & affectione actoris æstimationem rei iniri, vt sci-
let contumacia & dolus Rei, qui rem suam domino restituere non vult, puniatur. *d. l. tutor.* Non enim æquum est dominum inuitum rem suam iusto & communi precio vendere. *l. non enim 9. ff. Rer. amo.* Itaque cum dominus inuitus hoc casu rem suam vendere, & possessori relinquere cogatur, æquum est, vt rei pretium pro arbitrio suo statuat.

Obijcitur, quod traditur in iure affectionis rationem non haberi. Pretium enim rerum, non ex utilitate vel affectione singulorum, sed communiter fungi debent. *l. pretia 63. ff. ad l. Falc.* Similiter in *l. vlt. ff. de op. seruo.* dicitur, voluptatis vel affectionis æstimationem non haberi. Tertiò asseritur in *l. 1. §. & aliàs videamus. ff. Si qu. in fr. patro.* Patronum propter affectionem, vel oportunitatem vel vicinitatis, vel cœli rem iusto precio traditam reuocare non posse. Resp. Ex his legibus non efficitur, nullum esse iuramentum in litem affectionis. Iusiurandum enim in litem non propter solam affectionem præstatur, quam actor aduersus rem petitam petit, sed propter dolum & contumaciam Rei rem petitam non restituentis. *l. 1. l. 2. §. vlt. ff. de in lit. iur.* Dolus & contumacia rei faciunt, vt affectionis ratio habeatur: quæ certè nulla ratione punirentur, si rei pretium ex communi æstimatione sit pendendum.

Secundò obstat *l. si seruum 33. ff. ad l. Aquil.* vbi dicitur, si seruus, qui erat filius meus naturalis, quem ego magno pretio emtum volebam, occisus sit, quod occidens in veram serui æstimationem teneatur, nulla affectionis habita ratione. Ergo multò minus in hoc casu, quo dolus ex contumacia metitur, affectionis ratio habenda est, cum hoc delictum verferetur committendo, illud verò in faciendo, quod longè grauiorem pœnam meretur. Resp. Damnum datum, ex lege Aquilia, propria & certa pœna puniatur: quanti scilicet ea res intra annum retrorsum computatum plurimi fuerit, vnde partis arbitrio nihil committitur, ne duplici pœna delinquentes grauentur: *contra l. omnes 23. C. de pœn. l. sanctio 41. ff. eo.*

X :

Tertiò

Tertiò aduersatur *l. nummis, & l. instrumentis, ff. de in lit. iur.* vbi dicitur, iurari in litem de eo quod actoris interest, nummos depositos sibi sua die redditos non esse, vel instrumenta prolata non esse. Hinc sequitur, non haberi rationem affectionis in iureiurando in litem, quia verum interesse opponitur liberæ & pœnali æstimationi, quæ fit per iusiurandum in litem ex arbitrio actoris, *l. 2. §. vlt. ff. de in lit. iur. l. non à iudice 64. ff. de iudic.* Resp. Ideò in nummis depositis non iuratur in litem, quia in nummis nulla cadit affectio, cum eorum certa semper sit æstimatio. Similiter instrumentis non exhibitis, iuratur quanti actoris interest, quia non inspiciuntur instrumenta, sed res quæ instrumentis continetur. Ideoque non consideratur affectio, quam actor aduersus instrumenta habet, sed inspicitur tantum quod actoris interest. Dissentit *Corras. lib. 6. Miscel. cap. 1.* qui statuit nulum esse iuramentum affectionis. Vide latius & plenius de hac quæstione *Menochium. de arbitr. iud. lib. 2. centur. 3. casu 207.* vbi enumerat ex ordine omnes casus, in quibus locus est iuramento affectionis.

ASSERTIO XXXII.

In contractu venditionis & emtionis non iuratur in litem.

QVÆSITVM est ab interpretibus, An in actione empti, qua petit emptor rem emptam sibi tradi, iuretur in litem. Et verius est non iurari. Probatur hæc sententia per *l. si traditio. C. de act. emp.* vbi statuitur, quod si procacia venditoris res vendita non tradatur, quod fiat condemnatio, quanti interest compleri emtionem. Dum lex significat venditorem condemnari in id quod interest, ostendit non condemnari, quanti in litem iuratum est: pugnant enim hæc inter se, quanti interest, & quanti in litem iuratum est. Illud enim quod interest, veram rei æstimationem significat; in iuramento verbò in litem, ex singulari affectione & arbitrio actoris res æstimatur. *l. 2. l. tutor. ff. de in lit. iur. l. non à iudice. ff. de iudic.* Quæ decisio etiam iustissima ratione comprobatur, quia in ijs tantum actionibus æquum est in litem iurari, in quibus agitur ad restituendam rem, quæ vel nostra est, vel ad nostrum ius pertinet. *d. l. tutor. l. si filiosam. §. 1. ff. Sol. mat.* Ideoque cum emptor nondum sit dominus rei emptæ ante traditionem, agatque ad rem alienam sibi præstandam, meritò in actione ex empto non iuratur in litem.

Sed obijcitur, quod generaliter traditur in *l. 5. ff. de in lit. iur. & l. 3. §. in hac ff. Commo.* in omnibus bonæ fidei iudicijs iurari in litem. Resp. Verba illa generalia

generalia ita sunt restringenda, dummodò illæ actiones competant ad rem restituendam, quæ vel nostra sit, vel ad nostrum ius pertineat. Propter istas enim duas causas res iureiurando in litem æstimatur, primum ut contumacia rei puniatur, deinde ut de re petitoris, vel ad ius eius pertinate agatur. *d. l. tutor.* Proinde in actione commodati, depositi, locati, item in actione ex stipulatu pro dote restituenda, in actione tutelæ, cum suas pupillus à tutore repetit, iuratur in litem, quia in his omnibus agitur de re nostra restituenda. *l. 1. §. in depositi. ff. depo. d. l. 3. §. in hac. l. §. cui locatum. §. 1. ff. loca. d. l. tutor. d. l. si filiosam. §. 1.* Contrà quia in actione ex emto non agimus ad rem nostram restituendam, sed ad rem venditam nobis restituendam, non iuratur in litem. Hanc sententiam probant *Donel. ad l. 5. m. 4. ff. de in lit. iur. Duare. ad eundem tit. num. 22. & sequ. Borcholt. c. 4. ff. eod. Anto. Ber de error. pragmat. decad. 17. erro. 7.*

ASSERTIO XXXIII.

*in contractibus, qui solius recipientis causa fiunt, leuissima culpa;
in contractibus qui solius dantis utilitatem respiciunt, lata culpa;
in ijs qui utriusque gratia fiunt,
levis culpa præstatur.*

PROBATVR hæc thesis apertè in *l. contractus. ff. de R. I. & l. si seruus 108. §. cum quid. de leg. 1. l. si ut certo. §. nunc videndum. ff. Commod.*

Obijcitur de præcario, quod ad recipientis commodum pertinet, tamen ibi præstatur tantum dolus & lata culpa. *d. l. contractus. l. quasitum. 3. ff. de preca.* Resp. Regula de contractibus accipienda est, sed precarium propriè non est contractus, quia substantia contractus est obligatio. Atqui præcario dans non obligatur, sed repetere potest precarium, quando ult. Sibi ergo imputet, qui cum suspectam haberet diligentiam præcario offidentis, precarium non reuocauit. *l. 2. ff. de preca.* Non est contractum negotium in præcario. *l. interdictum. ff. de preca.*

Opponitur secundò *§. ult. Inst. loca. l. si merces 25. §. qui columnam. ff. co. vbi exactissima diligentia requiritur in locatione, & leuissima culpa præstatur. Ad §. ult. respondent communiter DD.* quòd ibi superlatius positus sit pro positiuo. Ideoque quod ibi requiritur à conductore diligentissimi patrisfam. custodia, perinde accipiendum est, ac si diligentis patrisfam. exigeretur: cum iuxta communem contractuum naturam, in contractibus

ctibus in quibus utriusque utilitas versatur, ut in locatione, levis culpa præstatur, seu diligentis, non diligentissimi parrisfam. custodia. Sic è contrario in §. item 15. *Inst. Qu. mo. re. cont.* ponitur positivus pro superlativo. Quod enim ibi dicitur, commodatarium teneri ad exactam diligentiam, pro exactissima accipiendum est. *l. in rebus 18. ff. Commod. d. l. 1. §. 1. ff. de obl. & act.* Potest enim hoc modo ad d. §. ult. responderi, quod ibi conductoris gratia inita est Locatio, quia conductor initium dedit contractui, & à locatore primum usum rei petijt, & antequam usus esset mercedem dedit aut promisit, quo facilius Locatorem ad contrahendum secum induceret. *Valte. ad d. §. ult. Inst. Loca. & cap. x v. in disceptat. scholast.*

Quæritur, an conductor de incendio teneatur, si fortè dubium sit, an culpa, an verò casu fortuito incendium ortum sit? Et dicendum conductorem teneri, nisi de diligentia sua doceat. Ratio est, quia plerunque incendium fit culpa inhabitantium, & sine culpa incendium fieri non præsumitur. *l. 3. §. 1. ff. de off. præf. vig. l. si vendita. ff. de peric. & com. rei vend. Cuiac. lib. 17. Obser. c. 29.* A qua sententia nonnihil dissentit. *Gail. 2. Obs. c. 21. nu. 4.* Sed opponitur *l. 1. §. is quoque. ff. de oblig. act. l. cum duobus. §. damna. ff. Pro sac. l. contractus. de R. l. vbi incendium refertur inter casus fortuitos, & damna fatalia: Atqui conductor non tenetur de casu fortuito. l. in hoc iudicio 28. C. Loca.* Resp. sub distinctione, Aut incendium oritur ab inhabitantibus, vel hospitibus, & tunc respectu patrisfam. qui culpa vacat; dicitur casus fortuitus. *l. qui insulum 30. §. 1. ff. Loca.* Aut incendium, patrisfam. negligentia causatum est, & tunc culpæ eius adscribitur, & damnum ab eo resarciendum est. *d. l. si vendita. Afflictus decis. Neapol. 57. Turza. in com. opin. opin. 87.* vbi notat, si in domo alicuius cauponis vel hospitis, hospites ignem fecerint, non teneri hospitem de incendio. Dominus enim non tenetur de facto hospitem, vel viatorum. *text. in terminis in l. 1. §. ult. ff. Furt. adv. raut. caup. stabular.* Ad §. qui columnam, respondetur, singulare esse in deportatione rerum periculosarum, quæ facilè frangi possunt, ut vitri, columnarum, signorum. Itaque in his rebus tractandis, quæ summam cautionem & singularem industriam desiderant, exactissima diligentia præstanda est, cum in cæteris sufficiat mediocrem curam præstari.

In tutela & negotiorum gestione levis quoque culpa præstatur, quamvis in hoc contractu utilitas absentium tantum versatur, in illo commodum pupillorum solum. *l. 1. ff. de tute. & rat. dist. l. quicquid. C. Arb. tute. l. 2. negotia. ff. de neg. gest. l. tutori 20. C. eo.* Hæc enim contra communes & ordinarij juris regulas in fauorem pupillorum & absentium sunt consti-

tituta

tra. Accedit & hæc ratio, quòd idè gestor de leui culpa tenetur, quia
 vltro gestioni obrulit, non rogatus à domino; vnde grauius oneratur,
 quam si ab eo requisitus esset. Videtur enim eo ipso, quòd suo arbitrio
 accessit ad negotia gerenda, tacitè se diligentem & idoneum profiteri.
 §. 1. *Inst. de obl. ex q. contr. Castren. ad d. l. si negotia.* Et per se quidem tantum
 leui culpa præstatur in negotiis gestis, non leuissima: nisi per accidens,
 cum videlicet alius diligentius negotia curare volebat, cui gestor credere
 voluit, tunc enim leuissima culpa præstatur. §. 1. *Inst. de obl. ex q. contr. l. si
 pupilli 6. §. vlt. ff. de neg. gest.* In tutore quoque leui culpa præstatur, licet
 nulla eius versetur utilitas. Ratio & hæc reddi potest, quia tutela publi-
 cum munus est, ideoque quilibet ad id munus obeundum, & pupillare
 negotium gerendum, vt diligens & frugi paterfam. cogi potest.

Opponitur tertio *l. quòd Nerua ff. depo.* vbi dicitur, depositarium eam di-
 gentiam debere deposito adhibere, quam suis rebus adhibet: ponamus
 talem hominem attentissimum & diligentissimum. Ergo & similem dili-
 gentiam in deposito adhibebit, & leuissimam culpam præstabit, non
 tantum latam. at Justinianus eum indefinitè à culpa excusat. §. *pen. Inst.
 2. mo. re. cont.* Resp. Quod IC. requirit à depositario, vt talem rebus de-
 positis custodiendis curam adhibeat, qualem suis proprijs: hoc non acci-
 dendum de diligentissimo depositario, sed de eo qui non fuit admodum
 diligens in rebus proprijs custodiendis. Quòd si hic non adhibeat eam di-
 gentiam in rebus depositis, quam in suis, certè latæ culpæ reus est. Porro
 quòd de parum diligente paterfam. IC. loquatur, ex verbis legis liquidò
 apparet, dum dicit, non requiri à depositario, vt ad eum modum diligens
 sit, quem hominum natura desiderat.

Quartum argumentum. Qui in communionem incidit, vt coheres,
 socius consensu factus, & maritus in re dotali, non tenentur ad eam
 diligentiam, quam diligens paterfam. rebus suis adhibet. Ergo non te-
 nentur de culpa leui: quia culpa leui est, non præstare talem diligen-
 tiam, qualem diligens paterfam. rebus suis adhibet. *l. heredes. §. non tantum.
 Fa. ercisc. l. si constante. §. si maritus. ff. Sol. ma. l. socius socio 72. ff. Pro soc. l. quod
 è. §. si res vendit. a. ff. de con. emp.* Resp. Culpa ea de qua assertio loquitur, præ-
 standà est in rebus omninò alienis. Itaque quia coheres, socius, & maritus
 in re dotali quodammodò siue pro parte res proprias gerunt, de lata tan-
 tum culpa tenentur. Adde & in socio hanc rationem, quòd de se queri
 debet, qui parum diligentem socium sibi delegit. *d. l. si socius socio.*

In mandato distinguendum est, si mandantis tantum utilitas versatur,
 tunc culpa præstatur, *l. 8. in fin. l. 10. in princ. ff. Mand. si solius mandatarij,
 leuissima: si vtriusque, leui: quemadmodum in commodato distinguitur:*

Pro

Pro rerum autem varietate excipitur, ut si res talis sit, quæ mandata est, ut diligentiam exactissimam requirat, etiam leuissima culpa præstabitur, ut in procuratore ad iudicia & lites dato obtinet. *l. à procuratore. C. Manda.* Ratio est, quod in iudicijs maxima requiratur solertia, & procurator harum rerum peritiam proficitur.

Quintò obijcitur, quod venditor in re vendita custodienda talem custodiam præstare debet, qualem præstant hi, quibus res est commodata. *l. 3. ff. de peri. & com. rei vend.* Ergo ad exactissimam diligentiam tenetur venditor, sicut commodatarius. Resp. Quod prius indicauit *I C. in d. l. 3.* venditorem talem diligentiam præstare debere, qualem commodatarius, hoc postea declarat, ut magis exactam præstet diligentiam, quàm in rebus suis; sed non talem præstabit diligentiam, qualem diligentissimus paterfam. præstare est solitus, sicut commodatarius. *l. in rebus 18. ff. Commod.*

Vltimò obstat *l. si cum venderet 13. §. ult. cum l. seq. ff. de pig. act.* ubi dicitur, in pignore custodiendo eam culpam præstari debere à creditore, quæ in commodato præstatur, ubi & leuissima culpa imputatur. Resp. Aut accipiendus est iste locus de commodato vtriusque gratia contracto, quasi eadem culpa præstetur in pignore, quæ in tali commodato præstatur. *d. l. in rebus.* Vel dicendum, quod in actione pigneratitia veniat dolus & culpa sicut in commodato: sed diuersa ratione æstimatur culpa in pignore, quàm commodato. Nam in *d. l. 14.* subiungitur, sufficere creditorem in pignore eam diligentiam adhibere, quam diligens paterfam. rebus suis adhibet. Ergo non astringitur ad eam diligentiam, quam diligentissimus paterfam. rebus suis adhibet, ad quam tamen tenetur commodatarius, ac proinde non tenetur creditor in re pignolata de culpa leuissima, quæ opponitur exactissimæ diligentia. *d. l. in rebus. l. 1. §. 1. ff. de obl. & act.*

ASSERTIO XXXIV.

*In contractibus nominatis non datur
condictio ob rem dati.*

HANC sententiam tradit *Accur. in l. 2. C. de cond. ob caus. per. l. 1. in fi. ff. de re. permu. & l. ult. ff. de cond. caus. dat.* Quæ sententia verior & probabilior videtur, idque per regulam, qua traditur, quod in contractibus uominatis non agitur ad distractum, sed potius ad implementum contractus. *l. ex conditione 14. C. de resc. vend. l. vendita 6. C. de act. emp. VVes. in parat. de cond. caus. dat.*

In contrarium adfertur *l. cum te. C. de pact. int. emp.* ubi ex contractu venditionis

tionis datur condictio ob causam, quia emtor non implet ex sua parte contractum. Resp. Quòd ibi non propriè emtio, sed potius innominatus contractus fuit initus: nam res fuit alienata exiguo pretio, ea conditione, vt accipiens certam aliquam rem præter pecuniam daret. Quæ cum longè erat maioris valoris, quàm pretium conuentum, cumque rei contemplatione principaliter contractus fuerat initus, meritò hoc negotium pro contractu innominato est habendum: ex quo competit condictio ob rem dati. Hæc est communis & recepta DD. opinio, teste Pincl. ub. de resc. vend. par. 2. c. 2. num. 19. & seqq.

Secundò obijcitur *l. ex emto. §. is qui vina. ff. de act. emp.* vbi ex contractu emtionis datur actio ex emto, & condictio ob causam. Sed respondetur, quòd ibi non ex emtione, verùm ex datione arrhæ, quæ est specialis & separatus contractus, venditoris gratia initus, competit hæc condictio. *l. contractus. C. de fid. inst. Azo in sum. C. de cond. ob caus.*

ASSERTIO XXXV.

Si tibi pecuniam dedi, vt mihi Stichum dares, permutatio est, non emtio, periculoque meo Stichus erit.

COMPROBATVR hæc assertio apertè in *l. vlt. ff. de cond. caus. dat.* vbi dicitur, quòd quando quis pecuniam alteri dedit, vt sibi Stichum daret, non esse hunc contractum pro portione emtionis & venditionis, id est, non esse speciem emtionis, sed obligationem ob rem dati, re in secuta, id est, permutationem contractam censeri.

Sed grauitèr obstat *l. naturalis. §. 1. ff. de præf. ver.* vbi dicitur, si pecuniam do, vt rem accipiam, emtionem esse. Resp. Duarenus, Imprimis inspiciendum esse voluntatem contrahentium, & quid inter eos actum sit. Cum neque non appareat in *d. l. vlt.* de emtione quicquam actum esse, vt cum neque venditionis, neque pretij, neque mercis fiat mentio, quæ duo tantum substantialia oportet in emtione interuenire, §. *pretium. Inst. de emp. vend. l. vlt. C. de præd. decur. lib. 10.* alium intercessisse contractum ex contrahentium mente, item ex argumentis & coniecturis colligitur. Vt si Stichum non erat venditurus, sed tamen facilè donaturus, si remuneratio loco aliquid accipiat: hoc casu si dictum sit, do tibi hanc pecuniam, si mihi Stichum dederis, nemo affirmabit venditionem esse contractam, sed contractum do vt des initum. *Duare. ad tit. de cond. caus. dat. Coras. lib. 2. c. 9.*

Y

Hæc

Hæc de prima parte thesis. Altera pars, qua dicitur, periculo meo, qui pecuniam dedi, esse Stichum, si fortè mortuus sit Stichus, antequam eum mihi dares, probatur expresso textu *d. l. naturalis. §. 1.*

Cui tamen grauissimè obstat *d. l. ult.* ubi dicitur, si dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares, & mortuus est Stichus, posse me pecuniam repetere. Vnde videtur periculum Stichi ad eum pertinere, qui tenebatur eum dare, non ad eum qui pecuniam dedit pro Sticho; quandoquidem ipse mortuo Sticho pecuniam repetere potest. Resp. Hactenus perit Stichus periculo eius qui pecuniam dedit, ut non possit agere præscriptis verbis, quanti sua interest sibi Stichum dari. *d. l. naturalis. §. 1.* Attamen pecunia data illi non perit, quia potest eam condicere, tanquam causa non secuta, ob quam data est. *d. l. ult. Duare. ad l. si ex legati 23. ff. de V. O. Cuiac. lib. Obs. 23. c. 29.* quæ vltima fuit solutio Accursij in *d. l. naturalis. §. 1.*

A S S E R T I O X X X V I .

*Indebitum errore facti solutum repetitur,
non errore iuris.*

R E G V L A hæc traditur in *l. cum quis. C. de iur. & fac. ign. l. regula. §. si quis. ff. eo. l. error. C. Ad l. Falc.* Si quis ius ignorans, soluit indebitum, solutum condicere non potest, ignorantia enim iuris non prodest, cum leges omnes homines scire debeant. *l. leges. C. de legib. l. 2. ff. de iur. & fac. ignor.* ubi dicitur, quod ius certum sit atque finitum: hoc est certæ leges & constitutiones Principum publicè sunt propositæ, ut cuius eas scire, cognoscere, & describere liceat. Non exigitur quidem, ut omnes I Ctorum artificia didicerint, sed communis eorum quæ legibus continentur, intelligentia ab omnibus exigitur. Eleganter ait *Salyc. ad l. quod te. ff. Si cer. per.* Ignorare leges communes vel regulares lata culpa est, sed non ignorare leges singulares. Non est necesse, ut rusticus aliquis sit Servius Sulpitius aut Scævola, sed communis iuris peritiam habere debet. *arg. l. regula ff. de iur. & fac. ign.* Leges etiam naturæ seu divinas, videlicet Decalogo comprehensas, nemini licet ignorare. De vtriusque iuris & facti ignorantia accomodatam extat exemplum in *d. l. error.* verbi gratia: Qui soluit integra legata errore facti, cum falsò putaret hereditatem satis esse locupletem ad integra legata soluenda, nec detraxit Falcidiam, potest repetere quod ultra quartam Falcidiam soluit. Sin autem errore iuris soluit, cessat repetitio, hoc est, si sciuit bona defuncti non sufficere ad solida legata soluenda, & quartam, nec tamen

tamen existimauit eam sibi iure deberi, sed credidit se ad integra legata soluenda sine vlla deductione teneri, quartæ iuris errore, non repetit legata ultra quadrantem soluta. Iuris igitur ignorantia nemini opitulatur, facti verò non nocet. Similiter fideicommissum in minus solenni testamento relictum, errore facti solutum repetitur, errore verò iuris solutum non condicatur, *l. fideicommissum. C. de cond. inde. l. 2. C. de fideicom. Gl. in d. l. in quis.*

Obstat *l. 7. & 8. ff. de in. & fac. ign.* vbi dicitur quòd iuris ignorantia cum petentibus, aut quod idem est, in damnis rei suæ amittendæ non nocet. Resp. Qui condictione indebiti solutum repetit, non quod suum est, sed quod sibi debetur, petit. Suum enim id dicitur, quod alicuius proprium est. *l. Quintus. §. argento. ff. de au. & arg. leg.* Qui autem indebitum soluit, transtulit dominium rei solutæ in accipientem: itaque propter ignorantiam iuris non repetit, quod publico iure transtulit in eum. Aliter responderi potest ad *d. l. 8.* vbi dicitur, quòd iuris error omnibus non noceat, contendentibus de damno rei suæ, vt hoc ita intelligatur, quasi dicat I C. quibusdam non nocere, non autem nullis. Similis formula locutionis extat in *l. si seruus. §. si plurium ff. Si quis caut.* vbi cum dicitur, omnes seruos statos non esse, intelligitur quosdam statos non esse. Tales autem personæ, quibus iuris ignorantia non nocet, sunt milites, minores, rustici & fœminæ. *l. pen. C. de rest. in int. d. regula. in princ. l. 1. 11. & ult. C. de in. & fac. ign. l. si quis id. §. doli. ff. de iurisd. iac. lib. Obser. v. cap. pen. Duare. ad tit. de cond. inde.*

Secundò obiicitur *l. 1. in prin. ff. Ut in poss. legat.* vbi heres qui satisfactorum legatorum nomine errore iuris, cum remissa ei esset à testatore cautio, satisfactionem condicere potest. Resp. Ibi benignè succurritur heredi satisfactanti ius nescienti, ratione vltimæ voluntatis, quia voluit decessus heredem non cauere legatarijs. Ergo cum hoc tantum casu ei benignè succurratur, in cæteris casibus errore iuris promittentibus, non succurritur: quia quod benignè receptum est, non est producendum ad consequentias.

A S S E R T I O X X X V I I .

*Nulla competit repetitio indebiti ab eo qui suum
recepit, tametsi ab alio quàm vero
debitore sit solutum.*

QUÆRITUR, si illud quod quis soluit, debitum quidem erat, sed non ab eo qui soluit, sed ab alio, an detur repetitio? ut puta Titius qui heredem se esse existimabat, cum reuera non esset, soluit legata & debita testatoris, dabiturne ei repetitio? Hic sunt pugnantes leges. In *l. si pœne 19. §. 1. ff. de cond. inde.* dicitur, quamvis debitum quis recipiat, tamen si is qui dedit, non debuit, competere repetitionem. Verum in *l. repetitio 44. ff. en.* contrarium statuitur, quod scilicet repetitio cesset, quando suum, hoc est, sibi debitum quis recepit, tametsi à vero debitore non est solutum. Verissima hic est Accursij distinctio. Aut is qui soluit quod alius debet, suo nomine soluit, & tunc dabitur conditio indebiti, & verus debitor non liberatur. *d. l. si pœne. §. 1. l. in summa 65. §. ult. ff. eo. l. 5. C. de cond. inde. l. si quid possessor ff. de pet. her. l. cum quis. §. de peculio. ff. de solu.* Aut debitoris nomine soluit, & tunc nulli datur conditio indebiti, & verus debitor liberatur. *d. l. repetitio. l. quod nomine 8. l. seruus. 36. ff. de cond. inde.* Sic in specie *l. de hereditate. C. de pet. her.* ponendum est, eum qui falsò putabat se heredem esse, soluisse heredis nomine, & ideò cessat conditio indebiti: quia cum hereditatio nomine soluit, indebitum non soluit. Econtrariò in specie *l. 5. C. de cond. inde.* qui falsò putabat se heredem, soluit suo nomine, & ideò condictioni indebiti locus est. *Cuiac. lib. Obs. 8. c. 9.*

A S S E R T I O X X X V I I I .

*Debitor qui debet alternatiuè duas res, et soluit vtrunque,
eligere potest, quod repetat.*

DEBITOR qui debet alternatiuè Stichum, vel certam pecuniæ quantitatem, habet electionem soluendi quod velit. Sed si per errorem soluit vtrunque, putans se vtrunque debere coniunctum, quaeritur, an sicut ab initio soluendi habuit electionem, nisi errasset, ita nunc habeat electionem condicendi, quod velit. Vlpianus, Marcellus, Celsus denegant soluenti electionem, & creditori arbitrium retinendi quod velit,

velit, concedunt; ex ea ratione, quòd hic creditor nunc debitor factus est. Itaque cùm in alternatiuis sit electio debitoris, meritò ei retinendi arbitrium quod velit, permittitur. *l. si non sortem 26. §. pen. ff. de cond. inde.*

Contrarium statuit Imp. Iustinia. in *l. pen. C. eo. vbi soluenti electionem repetendi quod velit, concedit*, ideò quòd hæc repetitio resoluat & resciadat solutionem: debet ergo restituere electionem debitori, quam habuit: & sic qui soluendi habet electionem, habet & repetendi. In hac dispensantia retinenda est Imp. Justiniani sententia in *d. l. pen.* quòd videlicet in soluentis electione sit, quid condicat; non accipientis, quid redcat, aut retineat. Igitur apertè *l. penult.* corrigit §. *um penult. d. l. si non sortem*, quod & Accur. licet timidè refert. Nam *d. l. penult.* est vna ex 50. constitutionibus Justiniani, quæ in secunda editione Codicis sunt insertæ: quibus & Pandeclarum leges, & veteres constitutiones eidem Codici inseruntur emendantur & reformantur. *l. vmc. C. de emend. C. Justin. in princ. Baro ad §. cetera quod per alluvionem. Inst. de rer. dini. Cuiac. lib. Obs. 8. c. 35.*

ASSERTIO XXXIX.

*Condictio furtiua in solidum datur contra
heredes furis.*

ROBATVR hoc enunciatum in §. *ult. Inst. de oblig. ex delict.* vbi dicitur, conductionem dari contra furis heredem, licet non possideat rem furtiuam. & apertius in *l. 9 ff. de condict. furt.* vbi apertè scribit Vlpian. in conductione furtiua non pro eo duntaxat quod ad eos peruenit, sed in solidum teneri heredes. vbi tex. tam est apertus, vt Cuiatius dicat, nisi textus extaret tam disertè scriptus, ipse statueret conductionem furtivam contra heredem furis in solidum non dari, planè contra aperta Legis verba. Unde dicit se ad tempus in hac quaestione subsistere, & iudicium suum suspensum tenere. *lib. Obser. 7. cap. 37.* Ratio etiam manifesta id ipsum suadet: cum condictio furtiua non sit pœnalis, sed rei persecutoria actio, *l. si de fure 7. §. 1. ff. eo. cōsequens est*, vi sicut ceteræ actiones, quæ re persequuntur, ita & hæc in heredes in solidum, licet nihil ad eos peruenit, competat. Contrarium affirmat Cuiac. *lib. Obs. 7. c. 37. & lib. 13. c. 37.* vbi defendit conductionem furtiuam non dari contra heredes in solidum, sed tantum id quod ad eos peruenit.

Argumenta eius hæc sunt. Primò mouetur per *l. si tutor 9. §. ult. cum l. seq. ff. tut. & rat. dist.* ex qua colligit, conductionem furtiuam morte tutoris interire. Sed respondetur ibi tantum proponi, quòd hæc tres actiones,

furti scilicet, damni iniuriæ, & condictio furtiua nascantur quidem pupillo contra tutorem durante tutela. sed non exercentur, dum tutor administrat tutelam. Deinde quod subiicitur, morte tutoris has actiones interire, hoc accipiendum est de actione furti, & damni iniuriæ, non de condictione furtiua, quæ non minus contra heredem, quàm ipsum furem competit. *d. l. in condictione 9.*

Secundò obijcitur *l. 3. §. pen. ff. de pecul.* ubi dicitur, ex furto filiifam non dari condictioem furtiuam contra patrem in solidum, sed tantum, quatenus eius peculium locupletius factum est. Ergo neque in solidum dabitur contra heredem, quia eadem conditio est patris & heredis. Sicut enim heres non tenetur ex delicto defuncti, ita nec pater ex delicto filii. *l. ex pen. nalibus 52. ff. de. R. I.* Respondetur, non bonam esse consequentiam patris & heredis; nam condictio furtiua datur tantum contra furem & eius heredem, non contra patrem ex filiifam. furto. *l. 5. ff. de cond. furt.* sed tenetur tantum pater actione de peculio, quatenus est factus locupletior, ne ex filii furto lucrum faciat. Idque tam diversimodè procedit in patre & herede filii, quia pater in vita filii, non succedit, sicut heres, nisi & ipse pater heres extiterit filio.

Tertiò aduersatur, quòd condictio furtiua actioni rerum amotarum æquiparatur, cum utraque contineat rei persecutionem, & detur in heredes. *l. contra 6. §. si post. l. si mulier. 21. §. pen. ff. Rer. amo.* sed actio rerum amotarum non datur in solidum contra heredes, sed in quantum ad eos peruenit. *l. ult. C. re. amo.* ergo neque condictio furtiua in solidum dabitur contra heredes furis. Resp. Condictio quidem furtiua comparatur actioni rerum amotarum in quibusdam casibus, sed non in omnibus: est enim in multis lenius & mitius iudicium rerum amotarum, condictione furtiua: unde nec contra heredes vxoris vel mariti datur in solidum. Actio enim rerum amotarum non vltius ligat heredes coniugum, quam in id quod ad eos peruenit, idque in honorem matrimonii transacti est receptum. Vide hanc decisionem pulchrè confirmatam apud Anton. Fabrum lib. 4. coniect. iur. c. c. 1. ubi eruditè omnia contraria argumenta Cuiatij refutat ibique notat se mirari Cuiatium Ictum. doctissimum in re tam aperta cæcutisse, & hallucinatum esse.

ASSER-

ASSERTIO XL.

Mulier certiorata de iure suo, renunciare potest SC. Velleiano, etiam extra iudicium. iuxta communem DD. opinionem, contra BARTOLVM, GOMEZIVM, & DONELLVM.

QUÆRITVR an mulier possit renunciare beneficio SC. Velleiani; ita vt efficaciter ex intercessione conueniatur? Bartolus inquit, contra hanc consuetudinem renunciandi SC^{to}. Velleiano est veritas, quia iure ciuili non potest renunciare: pugnat Baldus, qui inquit, pro consuetudine respondendum esse, quæ optima est legum interpretres.

Connani argumenta, quod mulier renunciare non possit beneficio suo, sunt: Primum est Bartoli, Quia leuitate & facilitate mulier ad intercedendum inducitur, eadem renuntiat. *l. interdum 19. ff. de mino. arg. l. doli. §. diuersum. ff. de nouat. l. ult. C. de pact. pign. l. si qua mulier 23. C. Ad SC. Vell.* Sed respondendo, pertinaciam esse mulieris, non fragilitatem censendam, cum instruitur & edocta de iure suo, priuilegio sibi competenti renuntiat.

Secundò obstat *l. si mulier 22. C. ad SC. Vell.* vbi dicitur, si mulier iteratò si iussit pro alio intra biennium, nihilominus illi competit beneficium SC^{ti}. Velleiani. Ergo & si mulier renuntiauit SC^{to}. Velleiano, adhuc utitur beneficio Velleiani. Nam idem est, siue mulier dicat noua cautione se omninò teneri velle, nec à priori obligatione recedere, an verò iuri renuntiando idem se velle ostendat. Resp. Aliud obtinet in renuntiatione, quam in secunda cautione: nam & secunda promissio intercessio & eadem fragilitate fieri potest, qua prima. *l. doli. 19. §. diuersum. ff. de nouat.* At renuntiatio aperta est remissio seu abdicatio sui beneficij, & fit ex certa scientia. Adde quod nulli inuito tribuitur beneficium.

Tertium est. Pares sunt exceptiones SC. Velleiani & Macedoniani: atque si filius renunciare non potest Macedoniano. Resp. Dissimilia sunt hæc, quia SC. Macedonianum introductum est in odium fœneratorum filiorum. mutuò dantium. *l. qui exceptionem 40. ff. de condict. indeb.* At Velleianum non in odium mulierum, sed in fauorem earum receptum est: quilibet autem fauori pro se introducto potest renunciare. *l. pen. C. de pact.* Renunciare etiam mulieres extra iudicium SC^{to}. Velleiano posse, liquidò patet ex *l. §. pen. ff. Ad SC. Vell.* qui de renuntiatione iudiciaria non loquitur, sed de ea quæ fit ante constitutum iudicium, cum extra ius quæritur, vtrum pure,

purè, an cum exceptione mulier iudicium sit acceptura. Item exemplum renunciationis SC. Velleiani, habes *in l. 2. & Auth. matr. & avice, item in l. ult. C. Quan. mul. tut. off. item No. 118. §. 4.* vbi dicitur, quod mater possit esse tutrix filiorum, si auxilio SCti. Velleiani renuntiet. Comprobat hanc assertionem, quod scilicet mulier possit beneficio SCti. Velleiani renuntiare, dummodò in specie sit de tenore & sententia huius SCti certiorata. *Gail. lib. 2. Obs. c. 77.* vbi dicit totum mundum servare hanc opinionem. Approbant *Fachin. centur. 2. contro. c. 9. Cuiat. lib. 20. Obseru. cap. 34. Zaz. lib. 2. sing. respons. c. 18. Dissent. Gomez. tomo. 2. Var. resolut. c. 13. de fideiussor. nu. 17. & 18.* Diversam sententiam quoque sequitur & defendit eleganter *Eduardus Caldera in error. pragmat. lib. 1. c. 8. & 9.* vbi tamen in *fi. cap.* concludit, quod contraria sententia, quod mulier certiorata de iure suo, renuntiare possit SCti. Velleiani beneficio, consuetudine forensi sit recepta & usu fori approbata.

ASSERTIO XLI.

Compensatio fit ipso iure, citra factum hominis.

CONTROVERTITUR inter interpretes, an compensatio fiat ipso iure, an verò facto hominis operante. Et verior est sententia, fieri ipso iure, & debitorem alterum ab altero liberari ipso iure, quia compensatio vicem solutionis obtinet. *l. 4. ff. Qui po. in pig. l. 19. ff. de lib. caus.* Sicut autem solutione tollitur ipso iure obligatio, §. 1. *Inst. Qu. mo. tol. obl.* ita etiam compensatione, sine vlla sententia iudicis. *Duare. ad tut. de compen. c. 2.* Azo putat generaliter siue regulariter tum demum fieri compensationem ipso iure, cum à partibus est opposita. *allegat. §. compensationes. Inst. de act. speciale autem esse in delictis, in quibus ipso iure fit compensatio, sine facto hominis. l. si duo. ff. de dolo.* Sed & quantum ad sistendum cursum usurarum attinet, eam ipso iure fieri putat. *l. cum alter xi. ff. de compen.*

Sed contrarium verius videtur, cum leges quas Azo pro confirmatione adducit, parum ad propositum faciant. Diuersum itaque passim *ICu. & Impp. in l. si ambo. & l. posteaquam. ff. de compen. & l. ult. C. eo.* apertè decidunt, vbi compensationem ipso iure fieri adfirmant. Quod etiam apertissime conuincitur *ex l. 4. C. de compen.* vbi Imp. Alexander rescribit, ipso iure compensationem pro soluto haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab vtraque parte debetur. Huius rei hic est effectus, ut non videatur debitor in mora soluendi, qui potest vice mutua debitum compensare. Item ut neque pœna, neque usura quantitatis eius, quæ compensari potest, debeatur. *l. 4. & 5. C. de compen.* Quæ de causa cum alter gratuitam, alter sub usuris pecuniam

peniam debet, concurrentis utrinque quantitatis usuræ non præstan-
d. l. cum alter.

Obijcitur huic sententiæ §. *in bona fidei* & §. *compensationes* Inst. de act. & l. *C. de compen.* quæ aiunt opponendam esse compensationem in iudicio.
 in l. *Quod Labeo* 13. ff. de cod. ubi dicitur specialiter opponendam esse
 compensationem certæ alicui petitioni. Resp. Oportet quidem com-
 pensationem in iudicio opponi, saltem eatenus, ut de ea innotescat iudi-
 ce quia iudex non potest diuinare. Verum postquam est opposita, tunc
 ipso iure tolli debitum; non ex quo reus eam apposuit, vel iudex
 non admisit, sed ex quo tempore inuicem aliquid cœpit deberi. Sic in si-
 mili casu dicitur, quod testamentum, in quo filiusfam. præteritus est, ipso
 iure nullum est. §. *aliud tamen*. No. 115. attamen requiritur, ut petatur hoc de-
 beri nullum, agendo vel excipiendo. l. *filio præterito* 17. de inus. rupt. irr.

ASSERTIO XLII.

Commodati actioni non potest opponi compensatio.

PROBATUR in l. *ult. C. Commo.* Vbi dicitur, prætextu debiti restitu-
 tionem commodati non probabiliter recusari. Vtputa si debeam tibi
 x. aureos, & commodavi tibi librum meum, prætextu debiti non
 potes retinere codicem meum. Ratio est, quia compensatio tantum locum
 habet in quantitativis, quæ inter se mutuam fructionem & permutatio-
 nem recipiunt, non verò in speciebus vel corporibus. l. *si conuenerit* 18. ff. de
 act. l. *si non sortem* 26. §. *si centum*. ff. de cond. inde. Idque propter inæqualem
 & incertam corporum æstimationem receptum est: in corporibus enim
 speciebus variat valor & æstimatio. Ideoque ne creditor inuitus aliud
 pro alio recipere cogatur, hinc cessat compensatio, l. 2. §. 1. ff. de reb.

Obijcitur primò l. *ult. C. de comp.* & §. *in bona fidei*. Inst. de act. ubi dicitur, in
 omnibus actionibus compensationi locum esse, excepta sola depositi ac-
 tione, ergo & in actione commodati. Resp. Hoc verum est, si quantitas
 petatur, siue res, quæ in suo genere recipit functionem. In corporibus verò
 speciebus non admittitur compensatio, quia incerta est harum rerum
 æstimatio, & non recipiunt hæ res mutuam inter se functionem. Itaque
 quia in commodato species quæ petitur, præcisè restituenda est, non po-
 test commodatarius per compensationem rem commodatam retinere.

Secundò obijcitur l. *in rebus*. 18. §. *ult. ff. Commo.* ubi dicitur, quod Com-
 datarius conuentus actione commodati directæ, iure compensationis
 excipere potest impensas quas fecit in re commodata. Resp. Hoc intel-
 ligendum

ligendum est, quando commodator non agit ad speciem commodatam restituendam, sed ad æstimationem: vtputa si commodatarius rem commodatam deteriorauit, vel res commodato data æstimata est, & æstimationem se præstiturum recepit. *l. si vt certo. §. commodatum. ff. Commod.* Tunc enim cum non de specie, sed æstimatione agatur, & in pecuniam fiat condemnatio, rectè opponitur compensatio. *d. l. in rebus. §. vlt. Pacius cent. 4. concil. quæst. 45.* Illud notandum quod Cuiat. in *d. l. vlt. C. Commod. text. emendat.* & pro commodati putat esse legendum commendati, id est depositi. Ita notat Cuiat. lib. Obs. 9. c. 39. Sed Continus ad *d. l. vlt.* in omnibus manuscriptis constanter tradit legi commodati, & à correctione Legum imprimis debemus, abstinere, quia ICI interpretes debent esse Legum, non noui conditores iuris. Dicendum itaque potius cum Accursio quod in *d. l. vlt.* agatur de debito non liquido, quod non cadit in compensationem. *per l. vlt. C. de compens.* Vel potius quod in *d. l. vlt. C. Commod.* commodata erat species, vel quantitas tanquam species, quo casu de iure communi locum non habet compensatio. *per d. l. vlt. C. de compens. l. planè. 34. §. 2. l. sed si certos 21. de leg. 1.*

Tertiò opponitur *l. creditoris 15. §. si dominus. & l. is qui rem 59. ff. de furt.* vbi dicitur quòd commodatarius possit retinere rem commodatam ob impensas, quas fecit in re commodata. Resp. Potest quidem commodatarius pignoris loco ob impensas retinere commodatum, sed illa retentio longè differt à compensatione; nam qui pignoris loco rem retinet, reddit, vbi debitor soluere paratus est. *l. 6. §. 1. ff. Qu. mo. pig. sol.* Qui autem compensat, creditorem suum, eundemque petitorum submouet, vt rem suam non possit actione consequi. *l. 2. ff. de comp.* Pulchrè Ioan. Mercerus lib. 1. opin. c. 14. Gilb. Regius lib. 1. ἐναντιοφανών, cap. 8. Borcholt. ad tit. de oblig. & actio. c. 2. nu. 78. & 79. Forner. lib. 2. selection. c. 14. vbi probat, etiam in actione commodati, sicut in actione depositi, locum non habere compensationem. Vide præterea Hotom. lib. 1. respons. amicab. c. 21. & lib. 12. Obser. c. 20. Nicolaum Genoam in conciliationibus Legum in iure ciuili contrariarum. in conciliatione antinomiarum inter *l. vlt. C. Commod. & l. vlt. C. de compens.* Dissentit. Donel. in §. in bona fidei. Inst. de act. Pacius cent. 4. enantioph. 44. Vide Fachin. lib. 1. contro. iur. cap. 6.

ASSER-

ASSERTIO XLIII.

*Speciei ad speciem, siue speciei ad quantitatem non
admittitur compensatio.*

CORPORIS certi ad aliud certum corpus non admittitur compensatio. Ratio est, ne creditor inuitus aliud pro alio accipere cogatur, l. 2. §. 1. ff. de reb. cred. Cùm enim compensatio vicem solutionis obneat, l. si debitor. ff. Qui po. impig. & in speciebus seu corporibus variet æstimationis, cadatque in eis affectio, cùm fundus meus mihi fortè longè carior, quàm tibi tuus, non potest creditori, cui certus fundus debetur, obijci compensatio, quòd inuicem fundum alteri debeat, cùm vna species propter inæqualitatem valoris & æstimationis, non fungatur vice alterius. Quinimò nec si ex altera parte debeat species, & ex altera quantitas, de quantitate ad speciem admittitur compensatio. per l. si conuenerit 18. ff. de pig. l. tex. elegans in l. quod dicitur 18. ff. de imp. in res dot. vbi dicitur, absurdum esse minutionem corporis propter pecuniam fieri.

Obijcitur l. fructus 7. §. ob donationes. ff. Sol. ma. vbi maritus potest fructus motis cum corporibus à viro vxori donatis, & rebus per eam amotis compensare. Resp. Compensationis verbum generale est, vt aliquando retentionem quoque contineat. Sic quæ dicitur compensatio in l. in rebus. §. vlt. ff. commod. appellatur retentio in l. creditoris 15. §. 1. l. si is qui 59. ff. de furt. Item in l. C. Rer. amo. ob res amotas compensatio fit, sicut in d. §. ob donationes, quæ tamen vocatur retentio in l. vnic. §. taceat. C. de rei vx. act. Cæterùm compensatio longè differt à retentione, quia compensatio extinguit obligationem ipso iure, & vsque ad concurrentes quantitates solutionem continet. Retentio verò pignoris loco est, vt tamdiu res apud creditorem maneat, donec illi satisfiat. d. l. quod dicitur. & l. in his 66. §. 1. ff. Sol. ma. vbi respondetur, tamen demum in actione de dote veram compensationem fieri, si quantitas vtrunque debeat. Ergo compensationis nomine retentio intelligitur d. §. ob donationes, vt licet corporis ad quantitatem non fiat compensatio, retentio tamen fieri possit. Vt puta si mihi centum debeas, ego tibi mandum dare obligatus sum, si fundum peras, possum eum pignoris loco retinere, donec mihi soluas centum. l. si non sortem §. si centum. ff. de cond. inde l. Iulianus. §. offerri. ff. de act. emp. Sicuti is qui captum ab hostibus redemit, iure pignoris eum retinere potest, donec pretium redemptionis soluat. l. Senatus. ff. de lega. 1. l. 2. C. de capt. & poss. reuer. Pet. Belloius in tracta. de compens.

Vel brevius hoc modo respondendum; Quod in d. §. ob donationes, dicitur, compensari fructus rerum dotalium à marito perceptos, cum rebus à muliere ipsi marito debitis, vel ab ipsa amotis, hoc intelligendum est in eo casu, cum maritus non debet fructus, sed eorum æstimationem proinde pecuniam.

Secundò obijcitur *l. ult. C. de compen.* vbi dicitur, compensationem admitti etiam in actionibus in rem, atqui certissimum est corpora & species certas vendicari. Resp. Tum demum locus est compensationi in corporibus, cum corpora sunt ad æstimationem redacta, hoc est, cum propter moram debitoris, speciebus extinctis, vel deterioratis, præstatur æstimatione, ita ut æstimationis concurrentes quantitates compensentur. *Gl. in d. l. ult.*

Tertiò adversatur *d. l. ult. §. C. de compen.* vbi compensatio non opponitur ab eo qui alienam possessionem perperam occupavit. Atqui possessio significat prædium. *l. 78. de V. S.* Ergo cum prohibetur prædium eo speciali casu, quo est perperam occupatum, compensari, sequitur in alijs casibus venire in compensationem. Resp. Ibi ait Imp. prædonem prædium temerè occupantem, conventumque interdicto unde vi ad restitutionem prædij, non compensare. Atqui constat violentum occupatorem non tantum teneri ad restitutionem prædij, sed etiam ad præstationes personales, siue prædium deterioravit, siue res in prædio constitutas per violentam occupationem perdidit. Statuit ego Iustinia. cum qui temerè alienam possessionem invasit, non habere compensationem in eo quod alias in compensationem cadit, puta in præstationibus personalibus, hoc est in fructibus ablatis, & alijs mobilibus in prædio existentibus, per vim corruptis & præditis.

Quartò obijcitur, quod in actione depositi cessat compensatio. *l. ult. C. de compens.* Atqui species & corpora plerumque deponuntur. Ergo &c. Resp. Non tantum species & corpora, sed etiam pecuniæ deponuntur, ut non restitui debeat idem corpus, sed eadem quantitas. *l. Lucius 24. ff. de pos.* Hoc igitur casu res deposita est compensabilis; proinde speciale est in actione depositi non habere locum compensationem. Cuius specialis iuris ratio est exuberantia bonæ fidei, quæ in deposito requiritur, quia illico & sine mora reddendum est depositum, non admissa vlla compensatione, retentione vel deductione. *l. penul. C. de pos.*

Postremò opponitur *l. si debeas 22. ff. de compens.* vbi dicitur, si debeas decem, aut hominem, admitti compensationem facta electione. Resp. Homo est genus, non species, generum autem admittitur compensatio, cum idem genus hinc inde debetur. Aliter respondet Mercerus lib. 1. opin. iur. c. 14.

ASSER.

ASSERTIO XLIV.

Etiam litigiosum debitum venit in compensationem.

ADMITTITVR etiam compensatio debiti, super quo lis contestata est, vtrputa si quis debitum in iudicium deduxit per modum agendi, etiam lite pendente potest in alio iudicio idem debitum deducere per modum excipiendi ad compensandum. tex. est expressus in *l. in compensationem 8. ff. de compen.* Ratio decidendi depromitur ex *l. non solet 86. l. seq. ff. de R.I.* vbi pro regula traditur, quòd non debet deterior conditio eorum esse, qui litem contestati sunt, quàm qui non sunt, sed plerumque melior. Nemo enim diligenter causam suam in iudicio persequendo, conditionem suam facit deteriore.

Sed opponitur *l. vbi captum 30. ff. de iudic.* vbi dicitur, si quis id quod in iudicio deduxit, opponat in alio, potest per exceptionem litis penitentiae repelli. Resp. Hoc est verum, si actor quod vno iudicio petijt, vel deducere in aliud iudicium per modum agendi, & sic ad eundem finem, scilicet ad impugnandum, hoc facere non potest. At verò potest illud, quod per modum agendi propositum est, in modum defensionis & exceptionis allegari.

Secundò opponitur *l. vlt. C. de compen.* vbi dicitur, de debito non liquidum non rectè posse opponi compensationem: atqui illiquidum videtur se debitum, de quo adhuc sub iudice lis est. Resp. Licet lis sit contestata, tamen intelligitur, quòd debitum erat liquidum, vel intra breue remans liquidandum: alioqui non posset opponi compensatio.

ASSERTIO XLV.

Quæ naturaliter tantum debentur, veniunt in compensationem.

Hic est effectus naturalis debiti, vt licet non possit peti, tamen si quis conuentus sit super aliquo debito, cui vicissim actor aliquid debeat, saltem naturaliter, hoc debitum reus cum debito à se petitio compensare possit. *l. etiam 6. ff. de compen.*

Sed obijcitur *l. 2. C. de compen.* vbi dicitur, quòd si quis indebitè quid soluit ex causa iudicati, cum scilicet esset iniuste condemnatus, quo casu

Z 3

is qui

is qui indebitum accepit, obligatur naturaliter, quia cum iniquè condemnatus soluerit natura indebitum, is cui solutum est, natura debitor manet: & tamen si hic qui iniuste condemnatus soluit, conueniatur ex alia causa, non potest deducere in compensationem, quod ex iniusta sententia soluit; & sic quod sibi naturaliter debetur, non compensat. Resp. Quod dicitur naturalia debita venire in compensationem, cum tali restrictione accipiendum est, nisi illa debita possint aliqua exceptione elidi vel perimi: qualis est exceptio rei iudicatæ, præscriptionis, vel similis. *l. quacunque 14. ff. de compen.* Sic cum quis iniuste condemnatus soluit, licet is cui solutum est, videatur hoc natura debere, eò quod quæ indebita sunt naturaliter ex parte soluentis, fiant ex parte accipientis natura debita; tamen ideò non compensatur hoc debitum, quia obstat soluenti exceptio rei iudicatæ. *Castren. ad d. l. etiam, & d. l. 2.*

Secundò aduersatur *l. creditores 10. de V. S.* ubi dicitur, creditores non esse eos, quibus natura debetur, unde nec debitores sunt, qui natura tantum debent, ex natura correlatiuorum: & per consequens naturalia debita non compensantur. Resp. Debitores non sunt qui natura debent, nec creditores quibus natura debetur, quod ad potestatem, & exigendi facultatem attinet. Naturalia enim debita propter defectum ciuilis actionis peti non possunt. Aliàs etiam naturalia debita dicuntur abusuè & minus propriè debita, habentque certos in iure effectus, ut scilicet nouari & compensari possint; item ut pro naturali debito pignus & fideiussor rectè intercedat, & efficaciter obligetur. *l. fideiussor. 16. §. fideiussor. ff. de fideius. l. 1. ff. de noua. l. naturaliter. 13. ff. de cond. inde.*

Tertiò opponitur hoc argumentum. Naturalia debita non rectè soluntur, *l. qui exceptionem. 40. l. interdum 29. ff. de cond. inde.* Ergo nec compensantur, quia compensatio loco solutionis cedit. *l. 4. C. de compen.* Resp. *d. l.* qui exceptionem, loquitur de naturali debito, quod per exceptionem perimitur, ut si mulier pro alio intercessit, & soluit, solutum repetere potest, propter exceptionem Velleiani, qua naturalis & ciuilis obligatio, qua mulier tenebatur, perimitur. In *d. l. interdum*, agitur de pupillo, qui non est factus locupletior. Hic non obligatur naturaliter, & propterea etiam non rectè soluit; & si soluat, solutum repetere potest.

ASSER-

ASSERTIO XLVI.

*Tam morte mandantis, quàm mandatarij soluitur
mandatum, si adhuc res sit integra.*

HÆc assertio expressè ponitur in *l. inter causas 26. in princ. l. si quis alicui 27. §. morte. ff. Manda. §. item si adhuc. Inst. eo.* Ratio est, quia voluntas hominis morte finitur, & homo mortuus velle desinit. *l. 4. ff. loca.* tamen mandatarius ignorans mortem mandatoris, implevit mandatum, utilitatis causa competit ei actio mandati, ne iusta & probabilis ignorantia illi damnum adferat. *d. l. inter. in princ.*

Obijcitur *l. si verò 12. §. fin. cum l. seq. ff. Manda.* vbi cum mandatum est alicui, ut post mortem mandantis extrueret ei monumentum, vel indum emeret post eius mortem, hoc mandatum non finitur morte mandantis. Resp. Hæc assertio locum habet quando mandatum & eius effectus conferuntur ad vitam mandantis: sin autem utrunque post mortem confertur, mandatum morte non finitur.

Verùm grauter cum hac solutione pugnat. *l. ult. in fin. ff. de solut.* vbi tractatur, quòd si creditor mandauit debitori suo, ut post mortem creditoris Titio solueret, & is post mortem mandantis Titio soluat, non liberatur. Resp. Ille tex. accipiendus est, quòd debitor cui mandatum erat, ut solueret Titio post mortem mandantis, non possit ei soluere post eius mortem, inuito scilicet mandatore, quia finita est voluntas. Sicut enim simplicia mandata sola morte mandatoris finiuntur, ita & mandata post mortem collata, finiuntur contraria voluntate mandantis. Ita Bart. notat. *l. ult.* esse intelligendam. Idque euidenter confirmat antithesis, quæ inter duos casus proponitur in *d. l. ult.* Nam primò ponitur de eo, qui iussu creditoris stipulatus est sibi solui, huic rectè post mortem creditoris etiam inuito eo soluitur, quia ea lex fuit obligationis, & ex forma contractus is quæsitus est procuratori, eò quòd sibi fuit stipulatus. Deinde subiungitur aduersariuè alter casus, quando simplex interuenit mandatum e soluendo alteri post mortem, hinc non potest inuito mandatore morio soluere mandatarius, ei cui iussus erat, quia finita est voluntas domini, contraria eius voluntate.

Secundo aduersatur *l. si quis mancipijs. §. si impubes. ff. de inst. act.* vbi traditur, quòd per mortem domini, qui institorem præposuit suæ negotiationi, non auocatur mandatum institoris. Resp. Distinguendum esse inter procuratorem

ratorem, & institorem. Mandatum procuratoris sola domini morte finitur. *l. mandatum. C. Manda.* Mandatum verò institutoris non extinguitur morte domini, qui eum preposuit mercaturis faciendis, sed durat, quamdiu non reuocatur institutor ab heredibus. *l. sed si. 11. ff. de inst. act.* Speciale igitur hoc est in institore, ut morte domini mandatum eius non finiatur. Cuius specialis iuris ratio consistit in utilitate commerciorum, quæ ad summam Reipub. pertinet, & priuatis magna adfert commoda. Unde ne heredibus auferantur ingentia commoda, quæ ex actibus institutorum ad dominos redeunt, non soluitur officium seu mandatum institutoris, morte domini. *Cuiac. in tractu. 8 ad Africa. ad l. eius. ff. de re. cred.*

Tertiò aduersatur *l. cū pater 77. §. Mevio. de leg. 2.* ubi deciditur, quòd mandatum donationis causa mortis, non finitur morte mandantis, si mandatarius ignorans mortem mandantis executus est mandatum. Resp. Quando mandatum fit in vita mandantis, sed effectus eius post mortem protrahitur, tunc morte mandantis non reuocatur, si mortem ignorauit mandatarius. *Bart. ad d. §. Mevio.*

Quartò repugnat *l. 1. C. de obl. & act.* ubi dicitur, si mandans defunctus sit, nec reliquit heredem, utilis actio datur mandatario, directa verò datur, si heredem reliquit. Resp. Quod dicitur, morte mandantis re adhuc integra, solui mandatum, non habet locum in mandato actionum venditarum, donatarum, aut in solutum datarum, nisi mandans decessisset sine heredibus, quo casu datur utilis actio mandati.

ASSERTIO XLVII.

Ex ratihabitione nascitur actio mandati.

Ex ratihabitione mandati actio generatur, illeque qui ratum habet, mandati actione obstringitur, *l. semper 60. ff. de R. I.*

Sed obiicitur, quòd decisum est à ICtis si quis aliena gerat negotia, ut si quis Titii debitores extra iudicium admoneat, ii que gestori soluant, & Titius hoc deinde ratum habeat, negotia Titii gesta esse dicuntur, ideoque Titio competit post ratihabitionem negotiorum gestorum actio. *l. si pupilli 6. §. item quaritur. & l. Pomponius 9. ff. de neg. gest.* Similiter ei qui pro absente debitore fideiussit, ratum debitore habente, datur fideiussori contra eum negotiorum gestorum actio. *l. ex mandato 20. ff. de neg. gest.* Distinguendum ex communi sententia DD. Aut quis gessit negotia absentis domini nullo mandato præcedente, & tunc non mandati, sed negotiorum gestorum actio competit. Aut negotium gestum est præsentem domino, & tunc

tunc si id ei utile est, ex sola presentia datur mandati actio *l. qui pati-*
r. 18. & l. qui fide 53. ff. Manda. Peck ad c. ratihabitionem. de R.I. in 6.

Aliter etiā potest responderi hoc modo, quod si quis pro absente fidei-
 iussit, vel negotia eius gessit, eo absente, & sine eius mandato expresso
 tacito, & sine ratificatione, tunc competit actio negotiorum gesto-
 rum *d. l. ex mandato*. At verò si quis pro absente fideiussit, vel negotia eius
 gessit, qui deinde ubi rescivit, ratum habuit, is merito tenetur actione
 mandati, cuius instar habetur ratihabitio. *l. licet. ff. de iudic. l. ult. C. Ad S. C.*
aced.

Sed contra hanc solutionem instatur ex *l. Pomponius 9. ff. de neg. gest.* ubi
 citur, post ratihabitionem competere negotiorum gestorum actionem.
 Resp. Ibi I C. loquitur de negotio gesto, quod utcumque sit ratificatum,
 mandati tamen actio non sufficeret. Quo casu necessitas iuris exigit ne-
 gotiorum gestorum actionem dari.

ASSERTIO XLVIII.

Ratihabitio retrahitur, & mandato comparatur.

HÆc assertio inter regulas Iuris relata est in *l. semper 60. & l. hoc iu-*
re 152. §. in maleficio. ff. de R.I. & expressè iisdem verbis ponitur in
c. ratihabitionem. de R.I. in 6. Vnde qui negotium gestum ex post-facto
 ratificat & approbat, ad tempus actus seu negotij gesti hæc ratihabitio
 retrahitur, & perinde obligatur ratum habens, atque si tempore ne-
 gotij gesti vel fecisset illud, vel fieri mandasset.

Obijcitur primò, quod Vlpian. respondit in *l. quid ergo 13. in princ. ff. de his*
no. infam. Quod si pater mandavit filio, ut ducat viduam intra annum
 latus, quod noletur infamia, sed si ratas habeat eiusmodi nuptias, pater
 non fit infamis. Resp. Ideò ibi ratihabitio non comparatur mandato, quia
 nostro nomine negotium non est gestum: quod autem nostro nomine
 geritur, ratum à nobis haberi non potest. *c. ratum. de R.I. in 6.* Nuptiæ
 vò illæ, de quibus dictum est, nomine patris non sunt contractæ, sed si-
 ne *Peck. in d. c. ratihabitionem.*

Secundò aduersatur quod Africanus respondit in *l. bonorum. ff. Rem. ra. hab.*
 quod bonorum possessio à procuratore agnita, & à domino ratihabitione
 confirmata, viribus caret. Resp. Ea ratihabitio propterea non valet, quia
 interposita est post tempus petendæ bonorum possessionis elapsam. Ut
 enim ratihabitio confirmet negotium antecedens, debet interponi intra
 id tempus, quo actus expediri potuit.

A a

Tertiò

Tertiò obstat, quod Caius ait, ratihabitionem tutoris, de ijs quæ per pupillum gesta sunt, mandato non comparari. *l. obligari. ff. de auth. tuto. si-*
cut & alibi dicitur, quòd mandare possit pater filio vt adeat heredita-
tem, sed ratum habere non potest. l. si quis mihi 25. §. iussu. ff. de acq. H. Resp.
 In illis negotijs mandatum & auctoritas pro forma actus à lege requiri-
 tur, quo casu ratihabitio non exæquatur mandato. *§. tutor. Inst. de aut. tut.*

Quattò & vltimò obstat, quod apud Iulianum responsum est in *l. si pu-*
pilli. §. sed si ego. ff. de N. G. si seruum non necessarium emero filio tuo, & tu
 ratum habueris, nihil agi ratihabitione. Resp. Ideò ex ea ratihabitione
 non datur actio contra ratum habentem, quia eius contemplatione ni-
 hil gestum est. Ratum enim quis habere non potest, quod suo nomine
 non est gestum. *l. si seruus 13. ff. de prec. Aliter Cuiac. responder, qui vult,*
illum text. ita intelligendum, non quod omninò nihil agatur, sed quod
ratihabitione pater non obligetur in solidum, sed tantum quatenus ex
negotio gesto factus est locupletior. Cuiac. ad l. si eum seruum. ff. de re. cred. in
tract. ad African.

ASSERTIO XLIX.

Societas soluitur morte, heresque socij in socie-
tate non succedit.

TEXTVS sunt in *§. soluitur. Inst. de societ. l. actione 65. §. morte. ff. eo.* Ratio
 est, quia in societate certa eligitur persona, certique hominis fides
 & industria in eligendo socio spectatur. *d. §. soluitur.* Sæpè autem ac-
 cidit, vt heres non tam sit idoneus societati, atque defunctus socius.
 Adeo autem morte soluitur societas, vt nec pacisci ab initio possimus, vt
 heres in societatem succedat. *l. nemo potest 35. l. aded 59. ff. eo.*

Cui obstat videtur *l. verum 63. §. in heredem. ff. eo. & d. §. morte.* quæ aperte
 ostendunt, pacto societatem ad heredes posse extendi. Resp. Aut agitur
 de societate priuata, quæ inter duos pluresve negotiatores lucri causa
 contrahitur; & in hac societate non valet pactum, vt societas ad heredes
 extendatur, *d. l. aded.* Aut de publica societate vectigalium exercendorum
 agitur; & hæc societas pacto rectè ad heredes porrigitur, *d. §. in heredem.*
 Valet autem in hac societate hoc pactum, tum propter negotij magnitu-
 dinem, variòsque tractatus, tum ne dissoluta societate publica locatio
 damnum faciat.

Secundo obijcitur *d. l. actione §. 1. & §. item si alicuius 9.* vbi etiam transir
 societas ad heredes socij. Facti species talis proponitur. Contracta est
 societas

Societas inter duos emendorum equorum, & dum vnus peregrè proficiscitur ad emendos equos, alter qui domi mansit, priusquam equi emeretur, mortuus est: hoc casu societas finita non censetur, sed lucrum post socij mortem ex negotiatione equorum perceptum, cum herede eius communicabitur. Resp. Societas quidem morte socij finitur, sed tamen socio pro socio non finitur. Vnde tenetur socius quæsita post mortem socij communicare, si modò rebus adhuc integris manentibus, ignorauit eum esse mortuum: secus si sciuit. *d. §. item si alicuius. & d. §. in heredem.* Similiter quoad negotia quæ incepta sunt geri, manet societas inter superstitem socium, & heredem socij, vt scilicet lucrum & damnum quod dependet ex antegesto, cum herede in commune conferatur. *l. heres 40. ff. eo. d. §. morte.*

Tertiò obijcitur, quod dicitur in perpetuum coiri societatem posse. *l. 1. Pro soc.* Resp. Perpetuum non æternitatem significat, cum nulla societatis in æternum sit coitio. *l. nulla ff. Pro soc.* sed dum viuunt socij, vt I C. interpretatur in *d. l. 1.*

ASSERTIO L.

Arbitrio collato in aliquem tertium, viri boni arbitrium electum censetur.

IN hac controuersa quæstione, qua tractatur, quando tertij arbitrio aliquid committitur, an tunc eius arbitrio standum sit, an verò recurratur ad arbitrium boni viri, hæc probabilior est sententia, quòd viri boni arbitrium sit comprehensum, etsi nominatim certa persona sit designata, cuius arbitrio fiat. Quæ sententia non solum in contractibus, sed etiam in ultimis voluntatibus procedit. De contractibus textus sunt expressi in *l. ciuilem. 76. cum ff. seq. ff. Pro soc.* Idem in legatis obtinet: nam si alicui ex pluribus rebus optio sit legata, arbitrio Titij, si Titius non arbitretur, legato competit electio, secundum viri boni arbitrium. *l. vlt. §. sed etsi quis. Com. de leg.* Et generaliter traditur in *l. 1. de leg. 2.* in testamentis legatum alterius arbitrium collatum, pro viri boni arbitrio accipi.

Obijcitur *l. 6. ff. de cond. & dem.* vbi testator iussit sibi monumentum fieri ab herede, arbitrio Titij, adiecta pœna, nisi heres faciat: & decidit, Titio non arbitrante, pœnam non committi ab herede. Itaque hoc casu quoad pœnæ commissionem, à persona Titij non receditur, neque recurritur ad viri boni arbitrium. Resp. Quando heres iussus est facere monumentum arbitrio Titij, sub certa pœna, tenetur heres nihilominus facere

monumentum secundum dignitatem & facultates testatoris: sed tamen m̄ lēta non committitur, si Titius arbitrari nolit, aut non possit. *l. in testamento 27. ff. de cond. & dem.* Idque speciali ratione receptum est, quod stricta accipiantur pœnæ in testamentis, unde & legata pœnæ causa relicta iure veteri non subsistebant.

Secundò obijcitur *l. si coita 75. ff. Pro soc.* vbi dicitur, si societas contracta sit ex partibus, quas Titius arbitratus fuerit, si Titius non arbitretur, quod societas nihil valet. Similiter in *l. si merces 25. ff. loca. & l. ult. C. de con. emp.* statuitur, si venditio vel locatio sit contracta, quanti Titius arbitratus fuerit, Titio non arbitrate, nihil actum censi. Resp. sub distinctione, Aut tertius, in cuius arbitrium contractus collatus est, nihil est arbitratus, & tunc quasi defecta conditione nihil actum censetur. Aut aliquid arbitratus est, sed iniquius: & hoc casu valet quidem contractus, sed iudex iniquitatem arbitrij in melius reformabit, & ad æquitatem rediget. *l. unde si Nerua 79. ff. Pro soc.* Ratio diuersitatis est, quia quando arbiter aliquid est arbitratus, sed iniquius, iam conditio sub qua stabat contractus, purificata est; & ex contractu nata est obligatio & actio, cui potest iudicis officium deferuire, reducendo ad arbitrium boni viri. Sed quando nihil omninò arbitratus est, nulla nata est obligatio vel actio, cui viri boni vel iudicis arbitrium possit accedere in corrigenda iniquitate. Porro hæc iniquitas corrigitur non solum in bonæ fidei, sed etiam in strictis iudicijs, propter verisimilem contrahentium voluntatem, cuius in omni iudicio habetur ratio. *l. si libertus iurauerit, ff. de op. liber.* Idem probat *l. in proposita 78. ff. Pro soc.* in verb. eò magis, quod iudicium pro socio bonæ fidei est, quasi dicat, idem statuendum esse, si esset stricti iuris. Ita not. *Bart. ind. l. societatem 76. §. arbitratorum.*

Tertiò obijcitur *l. ult. C. de con. emp.* vbi deciditur, si venditio collata est in arbitrium Titij, & ille pretium definierit, omnimodò secundum eius æstimationem pretium persolui, & venditionem ad effectum peruenire: Itaque siue Titius æquum, siue iniquum statuerit precium, standum est eius arbitrio, neque recurri poterit ad arbitrium boni viri. Resp. Eius legis hæc est sententia, quod si Titius, cuius arbitrium in venditione comprehensum est, pretium rei venalis, siue minoris æstimauerit, siue pluri, quàm alij vulgò facerent, eius æstimationi omnino standum est. Si tamen rem maioris pretij æstimet longè minoris, videlicet infra dimidium iusti pretij, huiusmodi iniqua emptio rescindetur, sicut si venditor rem ita nullo arbitrate vendidisset, venditio rescinderetur, per *l. 2. C. de resc. vend.* Neque *d. l. ult.* aduersatur, quia constitutiones generales iuris communis, speciales exceptiones alibi traditas non excludunt, iuxta regulam

regulam iuris, quod in toto iure generi per speciem derogatur. *l. in toto. de
H. Donel. ad l. si arbitratus 43. ff. de V. O. num. 19.*

ASSERTIO LI.

*Socius socio tenetur tantum in id, quod
facere potest.*

¶ I quis cum socio agat iudicio societatis, non plus consequitur, quam
aduersarius eius facere potest. Non enim totum quod habet, ab eo
extorquendum est, sed & ipsius ratio habenda est, ne egeat, hoc est, ea-
nus exigendum est ab eo debitum ex societate, ut alimenta, deducere
possit. §. *ult. Inst. de act. l. sunt qui 16. ff. de rei iud. l. in condemnatione. de R. I.*

Sed an hoc etiam beneficium detur vnus certæ rei, vel particularis
negotiationis socio, non satis inter ipsos IC^{tos} conuenit. Nam in *d. l. sunt*
, statuit Vlpianus, omnium bonorum sociis hoc priuilegium compe-
te. Contra Vlpianus in *l. verum 63. ff. Pro soc.* etiam vnus rei socium hoc be-
ficio gaudere affirmat, ut in id tantum quod facere possit, condemne-
r. addita eleganti ratione, quia societas ius quodammodo fraternitatis
in se habet. Hæc loca ita concilianda sunt, quasi suppleat Vlpianus in *d. l.*
verum, quod in *d. l. 16.* omissum est, ac uterque locus coniungendus est,
prinde ac si ita scripsisset Vlpianus, Socium omnium bonorum accipere
debemus. Sed & si vnus rei socij sint, verum est eos conueniri, quatenus
facere possunt. Duare. *ad d. l. 16.* Idque euidenter probat ratio ab Vlpiano
in *d. l. verum*, subiecta: ubi dicitur, id summam rationem habere, quia so-
cietas ius quodammodo fraternitatis in se habet. Quæ ratio cum tam in
iudicio particularis negotiationis, quam vniuersorum bonorum locum ha-
beat, merito hoc priuilegium vtrisque sociis tribuendum est. Vbi enim
eodem ratio militat, ibi idem ius seruari debet. *l. illud. 32. ff. Ad L. Aquil.* Et
hinc sententiam tanquam verissimam laudat & sequitur Nicolaus Genous
offessor Patavinus in conciliationibus legum contrariarum: in-conciliatione *l. verum est.*
Pro soc. & l. sunt qui 16. ff. de rei iud.

ASSERTIO LII.

*In pretio emtionis naturaliter licet contrahentibus
se circumuenire.*

EA est commerciorum ratio, & emtionis qualitas & conditio, ut quod pluris est, minoris emere, quod minoris est, pluris vendere permis-
sum sit: naturaliter enim, id est, ex iure gentium, & natura contra-
ctus, possunt contrahentes se in pretio emtionis circumuenire. *l. in causa*
16. §. vlt. ff. de mino. l. item si 22. §. vlt. ff. loca. l. si voluntate. C. de resc. vend. Quæ cir-
cumscriptio hoc modo intelligenda est, quod pro communi negotiato-
rum more, & ex emendi vendendique licitatione sit receptum, ut emtor
quàm minimo emat, venditor quàm plurimo vendat: hic enim omnium
animus est vili emere, carè vendere, ut Mimus dicebat, quilibet namque
lucris sui causa hunc contractum suscipit. Et hoc est quod dicitur, naturali-
ter licere se in pretio circumuenire, nam naturalis ratio in hoc contractu
quæstum, id est, inæqualitatem approbat: si tamen sit tolerabilis. *d. l. si vo-*
luntate. Porro ita demum admittitur hæc læsio seu circumscriptio pretij,
si dolus absit. Si enim probari possit, quod deceptio pretii ex dolo con-
trahentium proficiscatur, rescindetur venditio, *l. si quis affirmauerit 9. l. & ele-*
ganter 7. ff. de dolo. l. & idem 23. ff. loca. Malè ergo & imperitè vulgo ex hoc lo-
co colligitur, quod leges dolum & deceptionem permittant in contra-
ctibus, cum nihil magis quàm fallere & decipere alium, à viro bono sit
alienum. Deceptio nanque & circumuentio hic non pro fraudulento ven-
ditoris consilio, quod sit ex proposito, intelligi debet: sed pro læsione, que
re ipsa fit, & incuria contrahentium. Nam si interueniat euidentis vendito-
ris vel emtoris dolus, redditur contractus venditionis tanquam bonæ fi-
dei, ipso jure nullus. *l. si dolo. C. de resc. vend. Old. cl. 4. act. 1.* Eleganter Cuiac. ad
No. 97. in fine. Itaque hæc est sententia *lis. in causa. §. vlt. ff. de minor.* quod
IC^{us} ex tacita contrahentium indulgentia permittere videntur ob natu-
ram contractus, modicam læsionem: cum alioqui commercia impedi-
rentur, si semper exacta illa & mathematica pretij æqualitas foret anxie
& scrupulosè obseruanda. Honestius siquidem & utilius est modicum
defectum vel excessum mutuò condonare, quam in summa & præcisa æ-
qualitate immorari, & se torquere. Itaque propter commerciorum utili-
tatem, modica à summa pretii æqualitate defectio permittitur, quæ ob
id naturaliter licere permittitur, quod contrahentes naturali consensu id
sibi

in mutuo condonare videntur, & quia de natura contractuum ea esse videtur, sine quibus commodè non possunt in communi & promiscuo usu haberi. Ita eleganter tradit. *Couarru. lib. 2. Var. resol. cap. 3.*

ASSERTIO LIII.

*Dissensus seu error in materia vitiat emtionem, pignus
& stipulationem non item.*

In emtione contrahentes errauerint in materia, licet in corpore consenserint, emtio ipso jure nulla est: ut si æs pro auro, stannum pro argento vaneat. *l. in venditionibus 9. ff. de con. emp.* & conditione indebiti sine causa, pretium quod soluit emtor, repetere potest *l. suæ rei. l. domum. l. im ab eo. §. ult. ff. de con. emp.* Diuersum obtinet in stipulatione vel pignore, si contractus non vitiantur, licet error in substantia vel materia interueniat. *l. si id quod 22. ff. de ver. obl. 1. ff. de pig. act.* Ratio diuersitatis est, quod nihil operesset in obligatione, si diceremus pignus vel stipulationem nullam esse, ubi æs pro auro promissum vel oppignoratum esset. Itaque creditoris & stipulatoris interest, saltem illud corpus, quale quale sit, deberi: Sic æs saltem in obligatione venire: attenta insuper hac ratione, quod nil ex horum parte interdum in his contractibus interueniat. Alia ratio in emtione, quia cum emtor vicissim obligetur ad pretium dandum, id eius potius interest, ne vlllo modo in ære consistat obligatio, quod pro auro venditum est, quam si æs data ingenti pecunia compareret pro auro. Potest etiam alia reddi ratio diuersitatis, cur error in materia vitiet stipulationem & pignus, non verò emtionem, quia in emtione requiritur, proportio aliqua sit interpretium, & rem venditam. Jam verò nulla est proportio, si verbi causa, pro auro æs venditum esset. Quæ enim proportio esse potest inter æs, & pretium auri.

Sed in hoc enunciato duo contraria *l. C. torum* responsa occurrunt. Nam *quod tamen 14. ff. de con. emp.* Ulpianus respondit, si inauratum vel inargentatum aliquid vaneat pro auro siue argenteo, valere venditionem, id quod non erretur omninò in materia, est enim in eo auri vel argenti aliquid. *Contra in l. 41. §. ult. ff. eo.* affirmatur, non valere venditionem, si in aurata argento coöperta vaneat pro argentea. *Accur. in d. §. ult.* ait actum fuisse, ut solida mensa esset ex argento: ait enim lex pro solida. Quæ solutio non placet, nam & vas inargentatum dum vanit, pro solido vanit, idque

idque pro cauto semper habetur. l. 3. ff. de re. Cred. Cuius. rectè censet inaurata huc inargentata separanda esse ab iis, quæ auro siue argento coöperta sunt. Mensæ æneæ inargentatæ vel inauratæ argentum siue aurum inest: argento siue auro mensæ coöpertæ argentum siue aurum non inest: sicut vestis qua homo coöperitur & tegitur, non est materia hominis. Lamina argentea, qua mensa coöperta est, quasi vestis est mensæ. Cuius. ad d. l. si id quod, 34 ff. de verb. obl. & lib. Obs. 2. c. 4.

Secundò obiicitur l. Labeo 45. ff. de con. emp. vbi in materia est erratum, & tamen valet emptio, quia venditor qui vas aurichalcum pro auro vendidit, tenetur, ut aurum quod vendidit, præstet actione ex emto. Resp. Ex eo quod dicitur, actionem ex emto dari decepto, non sequitur valere emtionem: nam actio ex emto datur etiam emptori ad id quod interest, licet nulla sit emptio. l. qui officij 62. §. 1. ff. eo. vbi qui ignorans emit rem sacram pro prophana, agit ad interesse, licet emptio nulla sit. Itaque emptori non dabitur hoc casu actio ad rem emptam, sed ad interesse.

ASSERTIO LIV.

Emtione perfecta, ne quidem cum arrharum dispendio ab ea recedere licet.

GRAVIS est quæstio, an ab emtione perfecta contrahentes solius arrhæ iactura possint recedere; Et verior est sententia, emtione perfectæ conventionem absoluta, si alterutrum contrahentium pœniteat, minime ab ea recedere licere, ne quidem cum arrharum dispendio; sed præter amissionem vel restitutionem arrhæ, ad implementum contractus agendum est. l. 2. C. Quan. lic. ab emp. rec. VVesem. in para. de con. emp. num. 9. Itaque emptor si recusat implere contractum, perdit arrham, & insuper ad solutionem precii tenetur. l. de lege. l. vlt. ff. de l. commis. Venditor verò si nolit rem venditam tradere, duplicatam arrham restituere compellitur, & præterea ad tradendum vel præstandum id quod interest, cogi potest actione ex emto. l. 1. & l. prædia 28. ff. de act. emp. Conuincitur hæc conclusio ex eo, quod arrhæ datio in emtione adhibetur, quo magis corroboretur contractus: arrha enim à Græco vocabulo ἀρραγὲς dicta est, quod validum & firmum significat. Ut enim stipulatio, ita & arrha firmandarum obligationum gratia interuenit, quo perfectam & validam esse emtionem euidentius probari possit, l. quod sæpe 35. ff. de con. emp. Ergo si à perfecta nudo consensu emtione recedere non licet, neque partibus pœnitere est integrum: nisi

simul id quod interest aduersarij præstetur. *l. sicut. C. de obl. & act.* multò minus licebit à perfectà emtione discedere si non tantùm nudo consensu, sed præterea arrhæ datione firmata est. Quæ enim ad augendum iuncta sunt, non debent diminutionem operari. *l. legata inutiliter. ff. de leg. 1.* Nec quicquam adiuuat contrariam sententiam *l. contractus. C. de fid. inst. §. 1. Inst. de emp. & vend.* Ex quibus locis quidam colligunt, interueniente arrha posse contrahentes inuita etiam altera parte, sola amissione arrharum, ab emtione recedere. Quod enim ibi dicitur de amissione arrharum, intelligi debet de contractu imperfecto, vtputa si emtio in scriptura celebrata sit, quæ nondum à contrahentibus subscripta, vel à tabellione in mandum redacta est, quæ emtio adhuc imperfecta est: hoc ergo demum cū sola arrharum iactura licet ab emtione recedere. Quod probatur ex dertis verbis *d. §. 1.* vbi dicitur, donec aliquid ex his deest, pœnitentiæ locus est, & potest emtor vel venditor sine pœna recedere ab emtione, ita tamen nisi arrha data sit. Quæ sane verba arguunt ibi de contractu imperfecto agi, præsertim cū addantur nominatim hæc verba: *Is qui recusat implere contractum*, quod certè contractus imperfecti est. Adde, quòd in *d. l. contractus*, expressè dicitur, Qui vendere pollicitus est, venditionem recusans, in dupl. arrhas reddere cogitur. Itaque quousque complementum non acceperit emtioni, licebit ab ea discedere sola arrharum iactura. Eaq; fuit sententia bulgari & Iohannis magis approbata. Azo in *sum. C. de con. emp.* Quorum sententiam sequitur Bald. in *d. l. contractus*, & Bart. in *l. 1. ff. de publica. Old. cl. 4. act. 2.* qui notat hanc esse veriolem opinionem, contra communem, quòd venditor non perficiens venditionem, vltra arrhas teneatur ad interesse.

ASSERTIO LV.

perfecta emtione, quod fit simulatque de merce & pretio conuenit, periculum rei venditæ statim ad emtorem pertinet: contra Cuiacium.

RADITVR hæc conclusio in *§. cū autem. Inst. de emp. & vend. & l. necessario. ff. de peri. & com. rei vend.* Vnde si ædes venditæ ante traditionem casu fortuito conflagrauerint, hoc periculo emtoris cedit, & nihil minus cogitur pretium soluere. *d. §. cū autem, & ibi V. esemb.* Quæ regula abus firmissimis rationibus fundata est, primò quia debitor speciei liberatur interitu rei, qui ante moram sine culpa eius contingit, licet res necdum tradita sit. *l. si ex legati 23. ff. de V. O.* Itaque cū res vendita interiit casu fortuito,

B b

fortuito,

foruito, liberatus est ab eius præstatione venditor, tanquam speciei seu certæ mercis debitor, & res perit periculo emtoris, tanquam creditoris. Altera ratio est, quod æquum sit ad eum spectare incommoda, qui sentit commoda. *l. 10. ff. de R.I.* Itaque cum emtor percipiat commoda rei venditæ, quæ ante traditionem accesserunt, veluti si ager alluvione excreuit; rationi consentaneum est, ut pericula & incommoda quoque sustineat. *l. 1. C. de peri. & com. rei ven.*

Sed huic assertioni vehementer refragarur responsum Africani in *l. si fundus 33. ff. loca.* ubi dicitur, si fundus venditus ante traditionem publicatus sit, quod periculum ad venditorem pertineat, & pretium emtori vel restituere vel remittere cogatur. *Cuiac. in tract. ad Africa. ad d. l. si fundus. & Azor. in l. Lucius. ff. de emet.* tali distinctione hanc antinomial conciliant, quod si fundus ante traditionem publicatus vel peremptus sit, tunc periculum sustineat venditor, & emtori actio competat contra venditorem, ut pretium reddat vel remittat, & de fundo ante traditionem publicato respondisse aiunt Africanum in *d. l. si fundus*: Si verò post traditionem publicatus fuerit, periculum ad emtorem pertineat, & de fundo post traditionem publicato tractare volunt Paulum in *d. l. Lucius*. Verùm hæc distinctio contra indubitatam juris regulam, traditam in *d. §. cum autem*, extracta est: Itaque ne contra certissima juris principia quicquam adstruatur, convenientius est cum Antonio Fabro hanc pugnam tali distinctione componere. Aut fundus venditus ita peremptus est, ut omninò in rerum natura esse desierit, ut in *exemplis d. §. cum autem*, apparet: & periculum est emtoris, quia res præstari non potest, quæ non est in rerum natura, & emtor sibi imputet, quod rem statim non sit nactus post emtionem. Aut res vendita præstari potest per rerum naturam, ut si fundus est publicatus, vel servus subtractus, & tunc venditor non liberatur, nisi actiones suas præstet. Quod si nullas habeat, quas in emtorem transferre possit, ut puta si rem alienam, quæ furto subtracta est, vendidit, aut fundus venditus publicatus est, tenetur saltem ad restitutionem pretii, quod non præstet eam rem, quam per rerum naturam præstare potest, si fortè aut rem alienam emere, aut fundi publicati pretium, iis quibus assignatus est, præstare velit. *l. quod sæpè 53. §. si res vendita, ff. de con. emp. Fab. lib. 2. coniect. c. 4.* Aliam solutionem adfert Vincent. Caborius lib. 1. disput. iuris civilis, cap. 25. qui putat speciale esse in publicatione, quod fundo vendito publicato periculum spectat ad venditorem. Idque propter eam rationem, quod iniuria possessori fiat, cui publicato agro modicum honoris gratia dari solitum tradit *Ulpianus in l. item si verberatum 15. §. item si fortè. ff. de rei vend.* Atqui sicut iniuria facta emtori, non nocet venditori, si fortè per imprudentiam iudicis emtor de proprietate victus sit. *l. si per impruden-*

tiam 51.

in § 1. ff. de cuius l. emtor. C. eod. ita è contrario iniuria facta, vel vis illata venditori, emtori non nocet, nisi haftenus, vt id quod interest, venditor emtori non praestet. *d. l. si fundus.* Solutionem supra ex Antonio Fabro allatam sequitur & approbat Guilhelmus Rancinus lib. 3. Var. Lectio. cap. xi.

Secundò obiicitur huic decisione *l. lectos, cum ll. seqq. ff. de peri. & com. rei vend.* ubi dicitur, si lectos venditos, cum fortè in via publica positi essent, condit ædilis, periculum esse venditoris, ante traditionem. Resp. Ibi non est fortuito, sed propter imprudentiam & incuriam venditoris lecti sunt incisi, qui eos cum impedimento vsus publici in via publica collocavit. eoque periculum meritò ad eum pertinet, vtpote cum ejus facto & cul-interitus contingat.

Tertiò aduersatur *l. quod sine que. §. 1. ff. de peri. & com. rei vend.* ubi dicitur, si materia vendita ante traditionem furto perierit, periculum esse venditoris. Resp. Ibi non certa species vendita fuit, sed genus, puta ligna vel trahes. Atqui quando non species sed genus venditur, veluti bos, equus; tunc ante traditionem perimitur res vendita venditori, quia genus perire non potest. *l. in ratione 30. §. veram. ff. ad l. Falcid.* Illud postremò benè notandum, quod in Curia Hollandiæ iudicando diuersa sententia approbata est, quod scilicet periculum rei immobilis venditæ ante traditionem spectet venditorem, idq; vigore constitutionis Carolinæ sancitæ Anno 1529. 10. Maij, qua iudicatur, quod venditio bonorum immobilium non sit valida & rata, nisi facta sit & comprobata à iudice loci, ubi bona sunt sita Ita iudicatum & pronuntiatum est in curia prouinciali Hollandiæ in lite verrente inter Theodorum Bernardi pictorem, contra Iacobum Adriani de Licht, vti relatum erat in decisionibus curiæ Hollandiæ, decisione 32. referente Senatore Carmelynio.

ASSERTIO LVI.

Vino certo in specie vendito, periculum statim emtorem respicit, nisi id actum sit, vt degustetur.

In rebus quæ degustari solent, periculum vsque ad degustationis diem, sustinet venditor. Si tamen certum vinum venditum est in specie, puta omne vinum quod in dolio vel in amphora est; statim periculum emtorem respicit, nisi ita varnerit, vt degustetur. *l. 1. & 4. ff. de peri. & com. rei vend. l. 2. C. eod.* vel nisi quid de bonitate vini venditor affirmavit, aut denique nisi sciuit bonitatem vini non duraturam, *l. si vinum 15. ff. d. tit.* Hæc est sententia legibus maximè consentanea, quam approbant Accur. & Brod §. pen. Inst. de emp. & vend. & in manual. ad tit. de peri. & com. rei vend.

Bb 2

Non

Non obstat l. 1. *vers. sed et si ff. de per. & com. rei vend.* vbi in hæc verba loquitur I C. Si non sint degustata, signata tamen ab emtore vasa, periculum esse venditoris: vbi vinum in specie venditum erat, quia certa vasa signata sunt, & tamen vsque ad degustationem periculum spectat ad venditorem. Nam hoc intelligendum est in terminis istius casus, qui ab initio à I C^{is} propositus est: nimirum quando conuenit simpliciter, vt periculum esset venditoris, neque tamen tempus appositum est, quousque periculum sustineat venditor: hoc casu tempus degustationis obseruandum est, vt eousque periculum sustineat venditor. *Cost. ad d. l. 1. Salyet. ad l. sicut 12. C. de act. emp.* vbi hanc sententiam dicit esse puram & meram veritatem.

ASSERTIO LVII.

*Venditor si facultatem habet rei tradendæ, præcisè
cogi potest ad tradendum.*

IN actione empti ad hoc tenetur venditor, vt si tradendi facultatem habeat, præcisè cogatur rem emtori tradere. l. *ex emto 11. ff. de act. emp.* vbi dicitur, venditorem imprimis rem ipsam tradere, id est, præstare oportet, imò manu militari ab eo auferri potest, vt notat *Castr. ad l. 1. ff. de act. emp.* probatur hæc decisio quoque aperto & inconuincibili textu, in *ff. perficiuntur. Inst. de dona.* vbi Imp. sanciuir, quòd donatio ad exemplum venditionis habeat necessitatem tradendi. Idem traditur in *§. pretium Inst. de empt. & rend.* in verb. tunc omnimodò res, scilicet vendita, tradatur, ponderando dictionem omnimodò, quæ præcisam necessitatem habet. l. *si possessori. in princip. ff. de petir. heres.*

Obstat l. 1. *ff. de act. emp.* vbi dicitur, si res vendita non tradatur, ad interesse agi, vnde venditor præstando interesse liberatur Respondendum, quando non interest emtoris rem tradi, vt si mora commissæ sit, & ita occasio benè vtendi re emta perierit emtori, tunc in arbitrio emtoris est agere ad interesse. l. *si traditio. C. de act. emp. l. si contractus 16. circa med. C. de fide instru.* Duarenius verò responder, istam legem, & similes quæ de interesse loquuntur, intelligendas esse, quando venditor non habet facultatem rei tradendæ; Itaque si habet copiam rei tradendæ, præcisè tenetur tradere; sin minus, ad id quod interest, tenetur. per l. *qui tibi. 6. C. de hered. vel act. rend.* Hæc est opinio Martini in d. l. 1. & l. *si traditio. C. eo.* vbi additio ad *Glos.* dicit hanc esse communem omnium penè D D. distinctionem. Alio modo potest etiam responderi ad d. l. *si traditio.* quod ideò in illa l. condemnatur

ur venditor ad interesse, quia ita petatum fuit ab actore, in cuius arbitrio resider electio, an rem venditam velit petere, an verò interesse. Idque colligitur, quod Imp. dicat, quod quanti interesse compleri emptio-
 na fuerit arbitratus præses provinciae, tantum in condemnationis taxa-
 tionem deducere curabit. Quæ omnia indicant, petitionem emptoris ad
 interesse præcessisse, quia sententia debet esse conformis libello. *l. ult. fun-
 d. f. Com. divid.* Ita eleganter tradit *Fulvius Constantinus ad §. perficiuntur. num. 4.
 de donat.* Vide omnino pro confirmatione huius opinionis *Fabrum
 coniect. c. 17.*

Secundò obijcitur *l. si iactum. ff. de act. emp.* ubi dicitur, si venditor, qui
 rem retis vendidit, pisces captos reddere nolit, aestimari debet id, quod
 petaxit. Ergo venditor non tenetur tradere, sed præstando interesse li-
 beratur. Resp. Dicendum, quòd ibi non res certa, sed factum potius ven-
 ditum est. Nam cum facta ferè omnia sint incerta, ista decisio, qua traditur
 venditorem præcisè teneri rem venditam tradere, limitatur, nisi vendatur
 aliquid incertum, consistens in spe, & pendens à futuro euentu; nam spe
 ducta ad certitudinem, & verificata, qui vendidit, & habet facultatem
 tradendæ, non præcisè cogitur tradere, sed liberatur præstando æsti-
 mationem, & sic interesse. Ita *Alex. Iason, & communiter DD. accipiunt d. l. si
 iactum.*

Tertiò aduersatur, quòd in obligationibus facti sufficit præstare id
 quod interest. *l. 72. §. ult. ff. de V. O. l. si quis ab alio. §. ult. ff. de re. iud.* Sed vendi-
 tor ad factum tenetur, nempe ad rem tradendam. *l. 4. ff. de usur. l. si rem tra-
 dit. ff. de V. O.* Ergo præstando interesse liberatur, neque præcisè tenetur
 rem venditam emptori præstare. Resp. Traditio ad quam venditor tene-
 tur non est res meri facti, quia habet in se inclusam dationem, & venditor
 non solum tenetur ad tradendum, sed etiam ad dandum, id est, transfe-
 rendum dominium. *Lex emto 11. ff. de act. emp. l. cum manu sata. 80. §. ult. ff. de con-
 dit. Ergo cum venditor ad dandum quoque sit obligatus, si rem habet,
 potest eam præstare, cogitur præcisè eam præstare, quia hæc est natura
 obligationum dandi, ut omnimodò detur, id est, dominium transferatur
 stipulatorem, l. ubi autem 75. §. ult. ff. de V. O.* Dissentiunt *Vaudus lib. 1. Var.
 iur. quæst. 9. Fachin. lib. 2. contro. iur. c. 30.* qui statuunt venditorem præci-
 sè non posse compelli ad tradendum rem venditam, sed præstando ad id
 quod interest, liberari. Idem tenent *Gode. in tract. de contr. stip. c. 9. concl. 4.
 165. Hotom. & Anton. Matthæus ad §. pretium. Inst. de empt. & vend.*

A S S E R T I O L V I I I .

*Remedium l. 2. C. de rescin. vend. non habet locum in trans-
actione, contra BARTOLVM & A-
RIVM PINELLVM.*

PROBATVR hæc decisio in l. Lucius 78. §. ult. ff. ad S. C. Treb. vbi deceditur, quòd si heres rogatus restituere hereditatem, quadruplo minus restituat, quàm verè in hereditate extabat, ad restituendum quod amplius est in hereditate non tenetur, si de restitutione hereditatis transactum est. Ratio decidendi est, quia transactiones sicut pacta sunt stricti iuris. arg. l. 7. §. quinnidò, & ibi Gl. l. si vnus 27. §. ante omnia. ff. de pact. Atqui remedium l. 2. C. de resc. vend. in contractibus bonæ fidei tantum locum habet.

Sed obijcitur l. 3. §. 1. ff. de transac. vbi deceditur, si transactum sit de fideicommissio, posse nihilominus transigentem consequi, quanto minus ex fideicommissio consecutus erat. Resp. Generaliter verum est, si quis minus, quàm sibi debebatur ex fideicommissio, per transactionem accepit, non posse eum à transactione recedere, si fortasse postea constitit ex repertis instrumentis, maiorem quantitatem bonorum per fideicommissum ei relictam esse, quàm heres indicauit. Verum à generali hac assertionem excipitur iste casus, nisi ex codicillis postea repertis apparebat, maiorem quantitatem bonorum fideicommissario fuisse relictam, isque huius rei ignarus transigit, modica quantitate fideicommissi sibi testamento relictæ contentus. Ratio est, quia de controuersijs quæ ex testamento proficiuntur, transigi aliter non potest, quàm inspectis cognitisque verbis testamenti. l. 6. ff. de trans. Ex quo sequitur, transactionem super testamento, nondum prolatis codicillis, interposita, restitutionem fideicommissi in codicillis relictæ non impediri, quia codicilli testamenti pars esse censentur. l. pen. ff. Test. qu. ap. l. quidam ff. de I. cod. Atqui testamentum nec legitime aperiri, nec exhiberi censetur, nisi totum videatur. Ita eleganter tradit Forner. lib. 2. elect. c. 9.

Secundò grauitèr aduersatur l. si quis cum aliter 36. ff. de V. O. vbi dicitur, si stipulatoris dolo promissor inductus est ad promittendum, vel etiam si res ipsa in se dolum habeat, hoc est, si grauitèr & enormiter promissor sit læsus ex stipulatione, quod competat ei exceptio doli. Ex qua l. colligunt communiter DD. quòd & si alteruter transigentium læsus sit
ultra

vin dimidium iusti precij, quòd remedio *d. l. 2.* ei subueniatur. Resp. Hic exceptio doli longè distat à remedio *d. l. 2.* quia competit tantum promissori, re integra, dum ex sua promissione conuenitur. Cæterum remedium *d. l. 2.* locum habet etiam contractu impleto, & datur ad contractum rescindendum, re promissa soluta & tradita.

tertio repugnat *l. si superstiti §. C. de dolo.* vbi dicitur, quòd si filia immo-
bilis læsa est ex transactione inita cum parte, quòd restitutio ei contra-
rem competat. Resp. Ideò filia ibi ob immodicam læsionem ex trans-
actione restituitur, quia minor erat xxv. annis. Nam minores xxv. annis
in transactione, propter ætatis auxilium restituuntur; maiores verò
item. *toto tit. C. Si adu. trans. Not. VVesem. in parat. de trans.* Vel potius
dicendum, quòd ibi dolus interuenit præter immodicam læsionem. Sola
læsis immodica non præstat actionem doli. Vnde non propter im-
modicam læsionem, sed dolum, ibi rescinditur transactio. Quod etiam
pro probatur, dum ob paternam verecundiam ibi denegatur filię actio
doli, ergo contra alias personas extraneas dabitur: quæ tamen actio
non competit, nisi interueniente vero dolo.

Vltimò obijcitur *l. in summa §. 1. ff. de cond. inde.* vbi dicitur, si in trans-
actione euidentis calumnia detegatur, & transactio imperfecta est, & re-
stitutio datur. Hinc colligit Bart. remedio *l. 2. C. de resc. vend.* locum esse, si in
transactione quis læsus sit ultra dimidium. Nam ex hac læsione detegi-
tur euidentis calumnia. *per l. si quis cum aliter §. 6. ff. de V. O.* vbi ista læsio im-
modica dolo æquiparatur. Resp. locus ille non probat necessariò opi-
nionem Bartoli, nam Bart. loquitur in terminis æstimationis dubij euen-
tibus, considerando, quòd pro iure vel euentu causæ seu litis, duplo
maior quantitas parti læsæ daretur. Sed hic nulla suberit lis vel litis su-
stitutio. Nam illa est huius §. sententia, quòd transactio valet, etsi de præ-
senti non fuerit lis, si modò lis aliqua timeatur. *l. 2. C. de trans.* Sin autem
euidentis calumnia est, hoc est, si neque de præsentis lis est, neque lis vlla
in futurum timeri possit, tunc transactio est imperfecta. *l. 23. C. de trans-
act. l. 6. C. de in. & fact. igno.* Dissentiunt ab hac decisione Bart. in *l. 2. nu. 7. C.
de resc. vend. Pinel. ibid. part. 1. c. 4. nu. 14. quos sequitur VVesemb. in paratit. ff. de
transact. in fi. & postremò Fachin. lib. 2. contro. c. 26.* Communis tamen est opi-
nionem DD. quod ob immodicam læsionem transactio non rescindatur,
quando de dubio litis euentu transactum est. Verum *VVesemb. post Bart.*
contrarium seruari testatur in curijs & tribunalibus Iudicum, atque
remedio *d. l. 2. C. de resc. vend.* in transactione locum esse, si quis in
toto iure, puta dividenda hereditate, probare possit, se transigen-
di ultra dimidiam partem eius, quod probabiliter consequi potuit,
læsum.

læsionem esse. *V. Vesenb. in parat. ff. de transact. in fi. Plurè edicto Regis Galliarum Francis II. cautum est, ne transactiones inter maiores x x v. annis iuitæ citra vim & dolum, rescindantur obrentu læsionis ultra dimidium iusti pretij. Ita refert Iacobus Thuanus libro x x v. Historiarum in fine. Idem edicto Emanuelis Philiberti Principis Sabaudie statutum esse refert Antonius Faber in error. pragmat. decade 8. errore 10. Vide Andr. Gul. lib. 2. Obs. c. 701. vbi notat hanc opinionem, quod transactio prætextu læsionis ultra dimidium iusti pretij non rescindatur, tanquam veriore in Camera Imperij aliquoties judicando esse approbatam. Contraria sententia, quod remedium l. 2. C. de resc. vend. etiam locum habeat in transactione in supremo tribunali Hollandiæ, judicando & pronuntiando est confirmata in lite seu controuersia pendente inter Dominum de Kruningen, & quendam N. Dorpium, qui tutor fuerat liberorum D. de Kruningen & quia in transactione super causa tutelæ prædictos liberos ultra dimidium iusti pretij læserat, hæc transactio per sententiam à Dominis Senatoribus supremæ curiæ retractata rescissa & irrita declarata est.*

ASSERTIO LIX.

Ius accrescendi non transit in emtorem hereditatis.

RATIO huius assertionis est, quia ius accrescendi regulariter tantum locum habet in vltimis voluntatibus, non verò in contractibus. *arg. l. si mihi & Titio 110. ff. de V. O. Cuius rationis hæc est ratio, quia quia cum ius accrescendi legis dispositioni acceptum referatur, quamuis ea in re lex voluntati hominis tacitè innitatur, l. si Titio 61. §. Iulianus. de leg. 2. solum in vltimis voluntatibus meritò locum habere debet, in quibus voluntates testantium plenius accipiuntur. l. in testamentis. ff. de R. I. non verò in contractibus, in quibus totum negotium pressæ contrahentium dispositioni relinquitur. l. veteribus. ff. de pact. l. triticum 94. l. quicquid 99. de V. O. Additio Zoirez ad Gomez. in var. resolut. c. de ius. accresc.*

Obiicitur, quòd dicitur portionem portioni accrescere, velut alluionem. *l. si Titio 33. §. 1. ff. de vsufr. emtori ergo accrescet partem habenti. Item obstat l. si totam 83. ff. de acq. H. quæ non habenti partem suam negat accrescere, venditori ergo qui partem suam hereditatis vendidit, non accrescet, quia ius accrescendi sequitur rem & portionem, non verò personam. l. hæc scriptura 26. §. 1. ff. de con. & dem. Resp. quòd comparatio alluionis non omni ex parte iuri accrescendi respondeat. Verùm quòd dicitur portionem portioni instar alluionis accrescere, hoc eò tantum pertinet, vt intelliga-*

ligamus, habenti portionem suam, alienam accrescere, non amittenda. Atqui qui vendidit hereditatem, possidere videtur, quia pretium portionis venditæ habet, *l. 4. §. ult. ff. Si quis omis. caus. test.* cum pretium succedat cum rei. *l. si & rem & pretium 22. ff. de pet. hered.* Ergo rem non amisit, necius accrescendi. Contra is cui velut indigno erepta est hereditas, quod tacite incapaci cauit se restitutum, ut in specie *d. l. si totam,* planè amisit. *l. 10. ff. de his qu. ut indig. ergo & ius accrescendi. Cuiac. lib. Obs. 12. Faber in erro. pragmat. decade 50. Errore V. & VI.*

Obiicitur etiam *l. fundus 64. ff. de con. emp.* ubi cum quis emisset fundum & Titio, cum pro parte Titii emptio non subsistat, totus fundus alteri acquiritur, etiam pro parte Titii. Resp. Quod pars Titii adiecta censetur superuacuo & inutiliter, ideoque nihil operatur, sed alteri totus fundus acquiritur, ne iniuria adficiatur venditor, qui de toto fundo vendendo contempsit: nec voluit partem vendere, ne inuitus maneat in communione, quæ magna adferre solet incommoda. *Gomez. d. lo. num. 3. & ult.* ut notat hanc veriore & magis communem esse opinionem DD. quod in emptorem hereditatis non transeat ius accrescendi. Dissentit *Dua. Iur. accres. lib. 2. c. 6. & 19. Robert. lib. 3. animad. c. 19.*

ASSERTIO LX.

In contractibus ius accrescendi non habet locum.

ROBATVR hæc conclusio in *l. si mihi & Titio 100. de V. O.* ubi traditur, si quis stipuletur sibi & Titio decem, quod hæc stipulatio sit pro parte utilis, pro parte vero inutilis. Utilis est illa, quæ in stipulatoris personam concepta est: inutilis vero, quæ in personam alterius collata, quia alteri nemo stipulari potest. *l. 38. §. alteri. ff. de V. O.* ideoque quantulum stipulatori debentur. Ex qua lege colligitur, cum in hac stipulatione stipulator & Titius, re & verbis coniuncti sint, *l. re conuicti 89. de rei. l. triplici. de V. S.* neque deficientis Titii pars stipulatori accrescat, in contractibus iuri accrescendi locum non esse. Idem probatur ex *l. aquam 66. Quem. seru. amit.* Hanc sententiam tradunt & defendunt. *V. Vefem. & Bato. Si eadem. Inst. de lega. Forne. ad l. triplici de V. S.*

Opponitur huic sententiæ *l. fundus 64. ff. de con. emp.* ubi dicitur, si quis fundum emit sibi & Titio, quod Titii persona superuacuo appolita sit, quoque totius fundi dominium ad emptorem pertinebit. Unde sequitur,
C c quod

quòd in contractibus locus sit iuri accrescendi. Item obstat *l. 5. ff. Com. prad.* vbi qui seruitutem sibi & vicino in contractu acquisiuit, sibi soli integram seruitutem acquisiuisse censetur, adiectio autem vicini pro superuacua habetur. Resp. Hæc doctrina, quòd in contractibus inter coniunctos non sit locus iuri accrescendi, tum demum locum habet, quando rei in stipulationem deductæ tam facilis est diuisio, vt stipulatio eius diuisione non corrumpatur, vt in quantitate in stipulationem collata accidit. Aliàs autem in contractibus ius accrescendi locum habet, quando vel id quod in obligationem deductum est, diuisionem non recipit, ut seruitus. *d. l. 5.* vel quando eius de quo conuentum est, diuisio obligationem corrumpit, vt fundum tradi. *d. l. fundus. l. stipulationes non diuiduntur. de V. O.* In primo exemplo, quòd scilicet is qui sibi & alteri fundum emit, totum fundum habeat, propter duas rationes efficitur. Prima est, quia in hoc contractu venditionis de toto fundo vendendo apparuit esse actum, eò quòd toti fundo pretium est commensuratum. Vnde ne iniuria ædificiatur venditor, qui de toto fundo vendendo cogitauit, dicendum est totius fundi venditionem valere, & Titii personam adiectam pro superuacua haberi, ideoque & emtor repudiante socio totum fundum retinere cogitur. *arg. l. si quis aliam 46. ff. de solut.* Altera ratio est communione incommo- dum, ne scilicet si ius accrescendi non admitteretur, emtor inuitus cum venditore communionem inire cogatur, ex qua maximæ discordiæ plerunque oriri solent. *l. cum pater 77. §. dulcissimis. de leg. 2.* In secundo exemplo id efficit impossibilitas diuisionis, quia seruitus diuidi non potest, ideoque seruitus integrè vni acquisita videtur.

ASSERTIO LXI.

Nomine venditionis non continetur omnis alienatio.

QUOD nomine venditionis seu emtionis non contineatur alius contractus, nec etiam alia alienatio, probatur ex vi nominis. *per l. 1. ff. de con. emp.* vbi dicitur, quòd aliud sit emtio, aliud permutatio, quamuis permutatio sit vicina emtioni *l. 1. & l. vlt. ff. de re. permu.* Alioqui frustra quaeremus an sit venditio, an permutatio, an alius contractus, si venditionis nomen omnes contractus comprehenderet, *l. 1. ff. de est. act.* Item diuersa sunt nomina, ergo diuersi contractus. *l. si idem. C. de codic.* Pro hoc quoque facit *l. vlt. C. de pact. int. emp. & vend.* vbi dicitur, si quis ita paciscatur in venditionis vel alienationis contractu: ergo nomine venditionis non veniunt alia quæuis alienatio, alioqui cessit ibi superflua illa repetitio, vel alienationis. Itaque pro regula statuendum est, quòd nomine venditionis propriè

nor.

ne contineatur alius contractus. Ad hoc etiam est tex. notab. in l. si pupillus n. 7. §. si pater. ff. de reb. eor. qui sub tute. vbi sic dicitur, Si prator tutoribus penilit vendere, & illi obligauerint, vel contrà, non valet quod actum est quia aliud fecerunt, quàm quod à Pratore decretum est.

Ad oppositum l. statuliberi 29. ff. de statulib. vbi dicitur, quòd lex x i i. tab. venditionis verbo omnem alienationem complecti videtur. Idem traditur in l. sicut 8. §. venditionis. ff. Qu. mo. pig. sol. vbi dicitur, quòd venditionis appellatione etiam legatum continetur. Resp. Quando eadem est ratio in alijs contractibus & alienationibus, quæ est in emtione & venditione tunc non vi nominis venditionis, omnis alienatio continetur, sed ex ratione & interpretatione IC^{torum} obtinuit, vt quod in venditione dicitur, habeat etiam locum in quibuscunque alienationibus, in quibus militat eadem ratio. Hoc verba legis x i i. tab. suadent, quæ ita habent, Vendendo statuliberos ius potestasque esto. Hunc articulum, quo traditur statuliberos, hoc est eos, quibus sub conditiones libertas relicta est, l. i. ff. de statulib. vendi interim posse, IC^{ti} ita interpretati sunt, quod & alio quocunque titulo alienari possint, quia lex x i i. tab. venditionis verbo in hoc casu omnem alienationem complectitur. Idque ideò receptum est, quod quilibet ferè alienatio, olim per imaginariam venditionem, sicut heredis institutio, & emancipatio celebrabatur. Sic etiam in simili casu generaliter venditionis verbum accipere debemus, in d. l. sicut §. venditionis, quoad illum casum. Quia si creditor permittat vendi pignus à debitore, vel aliquid alienari, ius suum amittit in illa re.

ASSERTIO LXII.

Pactò de retrouendendo præscribitur x x x. annis.

¶ Si quis vendidit fundum adiecto hoc pacto, vt liceat ei pretium aliquando offerenti, fundum recipere; hoc pactum validum est, daturque ex eo venditori actio ex vendito contra emtorem ad fundum recuperandum. l. 2. C. de pact. int. emp. Sed quæritur, quanto tempore petitioni tractus ex pacto de retrouendendo præscribatur? Et verius est 30. annorum spacio præscribi. Cum enim reliquis omnibus actionibus personalibus regulariter tanto tempore præscribatur. l. 3. & 4. C. de presc. 30. an. consequens est, & juri offerendi, quod actione ex vendito quæsitum est, præscribi: ne possessores semper metuere repetitionem rei cogantur, & incerta perdantur rerum dominia, contra l. i. ff. de vsuc. Et hæc est communis DD. opinio, teste Wessem. in parat. ff. de resc. vend.

Qui contrariam sententiam sustinent, nituntur hoc argumento, Res meræ facultatis nullo vnquam tempore præscribuntur. *l. 2. ff. de via pub.* Atqui ius offerendi pretium ad redimendam rem venditam, videtur esse res meræ facultatis, quia est in mero venditoris arbitrio positum. Ergo non tollitur præscriptione. Resp. Hæc actio, qua quis oblato precio, ex pacto retrouenditionis petit sibi rem venditam restitui, non est res meræ facultatis, quia non est in absoluta facti potestate posita, sed obligationis iure consistit, & est ius ex contractu alteri ab altero debitum. Ea enim demum sunt meræ facultatis, quæ iure dominii nobis competunt, nec ab alio debentur, sed insunt propriis dominiis. Hæc quia vna cum dominio voluntate domini possidentur, & ab absoluta domini voluntate dependent, nunquam præscribuntur. Pulchrè *Vvesem. d. loco.*

Secundò aduersatur, quòd in pacto de retrouendo adiiciatur plerumque hæc clausula, vt quodocunque venditor vel eius heredes velint pretium offerre, possint fundum recipere. *d. l. 2.* Atqui istæ clausulæ, semper, in perpetuum, quodocunque, designant temporis infinitatem. *l. si ita stipulatus 55. ff. de fideius.* Ergo si talis infinitas placuit contrahentibus, meritò pactum est seruandum, & in perpetuum, non obstante xxx. annorum præscriptione, competit venditori ius redimendi. Resp. Sub distinctione. Aut simpliciter & indefinitè pactum de retro vendendo adiectum est venditioni, & tunc iuri offerendi præscribitur xxx. annis. Aut adiecta est hæc clausula, vt quodocunque vel in perpetuum offerre pretium venditori liceat, & tunc in infinitum & omni tempore competit ius offerendi venditori. Quotiescunque enim in contractibus quid perpetuò, vel quodocunque faciendum cauetur, & contractus sui natura est transitorius ad heredes, tunc hæc dictiones absque vlllo temporis fine constant. *l. in hoc iudicium. §. si conueniat ff. Com. diu. l. eum debere 33. ff. de ser. vrb. præd.* Ita decidit Zaanet. in tract. de pacto de retrouendendo. num. 33. 34. 35. & seqq. Approbat Fachinea. lib. 2. contro. c. 13. Mins. cent. 1. Obs. 16. vbi restatur, sæpè ita in Camera imperiali iudicatum fuisse. Planè consuetudine Germaniæ præscriptione centenaria ius luendi, quod procedit ex pacto retrouenditionis, quando adiectum est pactum venditioni, vt quodocunque pretium offerente venditore, liceat ei fundum recipere, extinguitur. Ita in Camera Spirensi summi tribuualis imperii seruari, & passim in Germania vsu receptum accostantur. *Minsing. obs. 4. centu. 4. Wesenb. consil. 8. nu. 9. Gail. lib. 2. Obseru. cap. 18.*

ASSER-

ASSERTIO LXIII.

*Nemo inuitus cogi potest rem suam vendere,
ne quidem à Principe.*

NEMO inuitus cogi potest ad rem suam vendendam, quia in potestate alicuius esse non debet, quasi per rapinam ab inuito domino, etiam iusto pretio rem comparare. *l. nec quasi 70. ff. de R. V. l. 11. de R. I. l. 14. C. de con. emp. l. nemo. C. de iud. l. non enim. ff. Rer. amot. l. nec emere 16. C. de delib. l. inuitum 10. C. de contr. emp.* Sed quaeritur an Princeps subditis vitis bona auferre possit, pretio exolut, & verius est quod non possit: a hoc iustitiae est contrarium, quae tantò plus in Principe necessaria est, quòtò altior est eminentiae suae celsitudo. Vide *And. Gail. 2. Obs. 56. Zaz. ad §. eodem tempore ff. de orig. iu. & ad l. princeps. ff. de leg. num. 13.* A quibus dissen-
Angel. quem sequitur *Fabia. de monte, de emp. & vend. 3. q. princ. num. 39.*

Obijcitur *l. 1. C. de epis. aud. & l. 1. §. cura carnis ff. de off. praef. urb.* vbi statuitur, quod providere debent Episcopi, ne negotiatores ultra iustum pretium vadant res ad victum necessarias. Vnde colligitur, quod cogi possint mercatores, ut iusto pretio vendant ea quae ad victum pertinent. Resp. Regulariter cogi non potest dominus ad res suas vendendas: exceptis rebus ad victum & alimoniam hominum necessarijs. Quando enim ci-
tas laborat inopia annonae, tunc licet mercatores res victui necessarias vitales non exponant, tamen possunt à magistratu cogi ad vendendum iusto & moderato precio, à Principe vel magistratu definito; ne quis res necessarias hominum alimentis, grauissimo pretio pro libitu vendat, & pauperes in necessitate positos nimium exhauriat. Ita in Camera imperij micatum refert *Mins. cent. 5. Obs. 27.*

Secundò aduersatur *l. venditor 13. §. 1. ff. Com. prad. l. si pendentes 27. §. si quid dicitur ff. de vsufr.* in quibus traditur dominum posse cogi non solum iusto, sed etiam viliori pretio res suas vendere fisco vel priuato. Resp. Hoc non demum verum est, si iusta causa, puta necessitas vel utilitas publica hoc postulat. Sic similiter in *l. Lucius xi ff. de evict. & in l. item si verberari m 15. ff. de R. V.* Princeps aufert possessoribus agros suos, & donat militibus, ad dico honoris gratia possessori dato. Hoc enim facit in fauorem & premium militiae, quia benè de Repub. meriti erant milites, quod patriam à hostibus liberauerant.

Tertiò obijcitur, quod Imperator dicitur vniuersalis dominus rerum & bonorum totius mundi, vnde & de bonis priuatorum potest praescribere.

trio suo disponere. *l. benè à Zenone. C. de quad. præscr. l. de precatio. ff. Ad l. Rhod. de iur. Resp.* Imperator est omnium dominus, quoad defensionem, protectionem, & generale imperium, sed non quoad plenum dominium & proprietatem rerum priuatorum. Vnde quæ quilibet priuatus possidet, Principis sunt nudo imperio, singulorum verò dominio. *Costal. ad d. l. item si verberatum.*

Huc pertinet *l. dudum C. de cont. emp.* quæ dominis permittit liberam potestatem res suas vendendi, cuicumque velint, nec possunt consortes & proximi venditoris consanguinei extraneū ab emtione submouere. Tollitur ergo ea lege ius *περιμήσεως* seu prælationis. Cui opponitur *l. vnic. C. Non lic. habita. metroco. sua loca ad extr. transf. lib. xi.* quæ docet, vicanum qui fundum venalem habet, debere conuicanum præferre extraneo emtori. Itaque illa lex admittit & probat ius *περιμήσεως*. *Resp. Imp.* generaliter sustulit in *d. l. dudum* ius *περιμήσεως*, ne socij vel propinqui præferantur extraneis emtoribus. Addit tamen, nisi lex specialiter prohibuerit quasdam personas vendere res suas quibus voluerint. Sic lex specialiter tribuit conuicanis, vt habeant ius *περιμήσεως* aduersus conuicanum. Sicut etiam dominus aduersus emphyteutas, qui ius suū vendere volunt, habet ius prælationis. *l. vlt. C. de iur. emph. propinqui verò & socij hoc ius non habent, ex constitutione l. dudum, nisi ex pacto. l. qui Roma. §. coheredes. de V. O.* Postremò in feudis hoc ius *περιμήσεως* renouatum est, & concessum est proximis agnatis feudum ab agnato venditum, pro eodem pretio, quo venditum est, ad se retrahere. *lib. 2. feud. tit. Per qu. fin. inuest.*

ASSERTIO LXIV.

Venditor et si fundum simpliciter vendat, tamen eum liberum ab omni seruitute præstare tenetur.

DVBITATIONEM habet, an si venditor simpliciter fundum vendat, teneatur eum liberum præstare. Nam ex *l. cum venderes 59. ff. de con. emp.* dicendum videtur, si non dixit venditor, se fundum vendere liberum, vel uti optimus maximusque est, de seruitute eum omninò non teneri. Dicit enim eo casu Celsus, in *d. l. 59.* non liberum fundum, sed qualis esset, præstari oportere, quasi venditor ignorans seruitutem, & non asserens esse liberum, teneri non debeat. Verùm hoc casu teneri venditorem, colligitur ex eo, quod generaliter dicitur, si euincatur seruitus, quanti minoris ob id prædium est, litem æstimandam. *l. sed et si 15. §. 1. ff. de euict. l. quoties 61. ff. de ad. edi.*

Obstat

Obstat *d.l. cum venderes*, & *l. pen. ff. de evict.* quæ fundo simpliciter vendi-
ciant venditorem emergentibus postea seruitutibus de euictione non
teneri. Resp. Non tenetur venditor ob seruitutem emergentem emptori
actione de euictione ad duplum, vel actione ex empto in id quod interest,
sed æstimatoria actione tantum tenetur; quanti minoris emisset emptor,
si ruitutem hanc impositam sciuisset. *d.l. sed etsi. §. i. l. in venditione 41. ff. de
emp.* Excipiuntur duo casus. Primò si fundus venditus sit, vti optimus
simusque est, tunc enim de euictione actio competit, non quanti mi-
noris. *l. cum fundus 48. & l. penul. ff. de evict.* Secundò si sciens dolo malo ven-
dit ignorantem, quo casu etiam est actio ex empto in omne id quod in-
terest, ratione doli. *l. i. §. i. ff. de act. emp. Duare. & Cuiac. ad l. 38. §. si quis fortè. ff.
de O. & lib. Obs. 2. c. 20. Gomez. de emp. & vend. num. 45.*

ASSERTIO LXV.

Res ex mea pecunia emta, non est mea, sed ementis.

QUOD emptum est ex mea pecunia, meum non est. *l. 6. C. de R. V.* vbi
dicitur, si is apud quem deposui pecuniam, emit ex ea prædia quæ-
dam, ipsique tradita sint, ad ea vendicanda, non dabitur mihi, cuius
pecunia, actio, sed emptori. Hinc res quæ ex dotali pecunia comparata
non est dotalis, nec vxori, sed marito acquiritur. *l. ex pecunia 12. C. de in-
dol. ult. C. de ser. pig. da. man.*

Obijcitur *l. res quæ 54. ff. de in. dot.* vbi dicitur, quòd res quæ à marito sunt
ex pecunia dotali, sint mulieris, cuius fuit pecunia. Resp. Datur mu-
lieri utilis vendicatio, si maritus ex eius pecunia dotali rem aliquam emit,
etalem casu, quando maritus non est soluendo, ne mulier amittat do-
tem, alioqui tantum datur vxori contra maritum pro restituenda pecunia
ex dote actio. *l. vxor. marito 55. ff. de don. int. vir. & vxor. Costal. ad d. l. 55. Cuiac. lib.
5. c. 29.* Aliter respondet Guibertus in tractat. de dotib. c. ult. nimirum quod
datur in *l. ita constante 26. & l. res quæ 55. ff. de in. dot.* res ex pecunia dotali
emtas, effici dotales, hoc ita esse accipiendum cum sic pecunia doti datur,
et emtionem prædiorum erogetur. Alioqui res emta ex pecunia simpli-
ter in dotem data non erit dotalis.

Secundò aduersatur *l. si ut proponis 8. C. de R. V.* vbi dicitur, quòd si quis
emtas rem aliquam ex pecunia militis, militi detur utilis rei vendicatio.
Resp. Hoc speciale est in milite, huius enim pecunie si quis quid emit
in nomine, non emptor, sed ipse miles erit dominus rei emptæ. Quod
etiam rectè extendunt DD. ad bona emta ex pecunia pupilli & minoris,
vt domi-

vt dominium eorum ad ipsos pupillos & minores pertineat. per l. 7. ff. *Qua po. in pig. l. 2. ff. Qu. ex fac. tuto. l. 3. C. Arbitr. tute. Notant Gl. & DD. in d. l. 8. C. fal. ad l. 26. ff. de re. cred.*

ASSERTIO LXVI.

Non est necesse mercedem locationis consistere in pecunia numerata, contra communem DD. sententiam.

LOCATIONIS merces non solum in pecunia numerata consistit, sed etiam in ijs rebus, quæ pondere, numero & mensura constant: verbi gratia, si ea lege ager elocetur, vt quotannis certæ mensuræ vini, aut certi modij frumenti mercedis nomine persoluantur. Mercedis enim vocabulo, quo passim in materia locationis vtuntur I Cti, apud bonos authores non intelligitur pecunia numerata tantum, sed generaliter quodcunque præmium, quod pro labore aut stipendio alicui datur. Varro lib. 2. de ling. lati. Coras. lib. 2. Misc. c. 11. Probatum etiam hæc sententia per l. si olei. 21. C. loca. cuius hæc sunt verba. Si olei certa ponderatione fructus annuos locasti, de contractu, ob hoc solum, quod alter maiorem ponderationem obtulit, recedi non oportet. vbi communis interpretum intellectus merito reprobatur: qui exponunt verbum locasti, id est, vsum concessisti, vt sic de contractu innominato, facio vt des, non de locatione loquatur: quia cum titulus sit inscriptus de locatione, facit vt constitutiones omnes insertæ de eodem contractu accipiantur. Præterea non agi illic de contractu innominato, alia ratione liquet, nempe quod in d. l. si olei, sanciat Imp. quod in ea specie contractus partes non possint pœnitere: quod est contra naturam contractuum innominatorum, in quibus permittitur alteri contrahentium à contractu per pœnitentiam recedere. l. si pecuniam ff. de cond. caus. dat. Comprobant hanc sententiam l. si fem. in para. ff. loca. num. 7. Cuius ad l. 35. §. 1. ff. loca. ad African. Pinel. ad l. 2. C. de res. vend. par. 2. rubr. c. 3. nu. 28. Vult ad §. præterea. nu. 18. Inst. loca. Adde quod in d. l. si olei, dicitur hunc contractum, vbi ager est elocatus pro certis olei ponderibus esse bonæ fidei: Vnde apparet aperte locationem ibi contractam non verò initum contractum facio vt des, quia ille est stricti iuris, non bonæ fidei. arg. §. actionum. Inst. de actio.

Obijcitur l. naturalis. §. at cum do ff. de pres. ver. vbi dicitur, in locatione pecuniam requiri, sicut in emtione, in qua certum est pecuniam numeratam

non desiderari. Resp. Non per omnia inter locationem & emtionem similitudo ibi instituitur. sed hic est sensus eius loci, quod sicut conuen-
 tione certæ mercis & pecuniæ emtio contrahitur; ita ex conuentione pe-
 cuniæ dandæ pro facto quod locari solet, nascitur locatio. Non autem
 instituitur, quod de substantia locationis sit pecunia numerata, sed quod
 utque contractus sola conuentione contrahatur: emtio scilicet, si de
 re & pretio conuenit; locatio verò, si de pecunia danda pro facto
 quod locari solet, conuenit. In hoc tantum casu hi duo contractus con-
 trahuntur, non in alijs. Nullum simile est idem. *Pinel. ad l. 2. C. de resc. vend.*
l. 2. rubr. c. 3. num. 28. & seqq. vsque ad finem.

Secundò aduersatur *l. 1. §. si quis servum. ff. de pos.* vbi dicitur, si pecunia
 non intervenit in locatione, præscriptis verbis actionem dari. Ergo quò-
 tius merces locationis non intervenit in pecunia numerata, censetur con-
 tractus innominatus, ex quo competit præscriptis verbis actio. Resp. Ibi
 pecunia species quidem excludit, attamen comprehendit res, quæ pon-
 deris numero & mensura constant. Nam & pecuniæ verbum plerunque
 capi solet pro rebus fungibilibus. *l. 2. §. creditum. ff. de reb. cred. l. 2. C. de const.*
 Verius itaque est mercedem locationis non solum in pecunia nume-
 rat, sed etiam in rebus fungibilibus consistere posse, hoc est, in rebus, quæ
 ponderis numero & mensura constant. Dissentiunt *Fachin. lib. 1. contro. c. 82.*
et Anianus ad §. praterea. Inst. de locat. & conduct.

ASSERTIO LXVII.

Ex conductione decennij non transit utile dominium.

TRADUNT communiter DD. quod ex locatione decennali, aut
 longiori tempore facta utile dominium transferatur in conducto-
 rem. *arg. l. vlt. ff. Si ag. vect. per.* Ita tradunt *Ferr. in for. libel.* ad ficti præ-
 scriptionem, in verbo, inuestiuit. Sed hæc sententia meritò à Connano im-
 putatur. Nam locationis hæc est natura, vt non transferatur ex ea do-
 minium, vt apertè traditur *in l. non solet 39. ff. locat. & l. 2. C. de pres. 30. an.* vbi dici-
 tur quod conductoribus longissimi temporis, puta 30. annorum, non pro-
 curat præscriptio, tanquã alienæ rei possessoribus. *fa. l. non solet 45. ff. de reg. iur.*
 Sed obijcitur *l. vlt. ff. Si ag. vect.* vbi ex longi temporis conductione datur
 realis actio in rem conductori, ergo transfertur utile dominium. Resp.
 Hec verum est in eo casu, quando non simplex locatio contracta est, sed
 conuentum est, vt negotium transeat in aliam speciem contractus, puta
 in thetensum, vel superficiarium contractum: tunc enim utile dominium
 transit in accipientem.

Dd

Secundò

Secundò aduersari videtur *l. 1. §. quod ait. ff. de superfic. vbi traditur, ei qui ad non modicū tempus conduxit superficiem, actionem in rem competere. Resp. Prætor non indistinctè ex locatione superficiem longo tempore facta, concedit actionem in rem; sed causa cognita: quando scilicet quis ea lege in alieno solo superficiem conduxit, vt ibi ædificare ei liceret. Nam ædificatio non rectè fit, nisi à domino, §. cum in suo. Inst. de re. diu. Quare cui ædificandi ius conceditur, illi vtendæ rei ius pro arbitrio, atque ita vtile dominium concedi videtur. Approbat hanc decisionem *Vvesem. in para. ff. loca.**

A S S E R T I O L X V I I I.

Emtor, legatarius, & alij singulares successores non tenentur stare conductioni, nisi conuentum sit.

DE C I S I O hæc apertè tradita extat in *l. emtorem. C. loc. & l. qui fundum 32.* Vbi eleganter *Costalius l. si merces 25. §. 1. ff. loca.* Ratio decidendi hæc est, quia colonus nullum ius habet in re conducta, sed solum personam locatoris habet obligatam: quæ obligatio personalis non sequitur emtorem, vel alium singularem successorem. Vnde nec emtor tenetur stare locationi à venditore factæ. Et hoc est quod vulgari & vsitato dicitur axioma: *Koop geht voor huer.* Quòd si colonus haberet ius in re, vt puta si ad longum tempus conduxisset, tunc ei emtor teneretur stare. Cum enim habeat vtilem actionem in rem ad vendicandum, multò fortius dabitur ei possidenti exceptio. *l. 1. §. quod autem. ff. de superfic. Bart. in d. l. emtorem.* Eleganter & latè *Covarru. 2. tomo var. resol. c. 15.* vbi aliquot proponit limitationes huius assertionis. Adde *Guidonem Papæ decis. 280. Gomez. in var. resol. cap. de locat. & conduct. nu. 9.*

Sed aduersatur *l. si filiosam. §. vlt. ff. Sol. matr.* vbi locationi fundi dotalis factæ per maritum, vxor diremto matrimonio stare tenetur, quia tenetur marito cauere de indemnitate, si ante finitum tempus conductionis expellat colonum, & fortè maritus damnatus sit colono ad interesse, quòd non potuerit integro conductionis tempore vti; vxor inquam cauebit marito, quòd ei refundet, quicquid colono pro interesse soluit, quòd toto tempore fundo non potuerit vti. Ergo vxor, quæ est singularis successor mariti ex causa dotis, tenetur stare locationi per maritum factæ. Resp. Vxor quidè non tenetur præcisè stare locationi à marito contractæ, quia potest colonum expellere; sed tamen si præfractè iure suo utatur, cogitur marito cauere de indemnitate, vt si illi ob non seruata conductionem reliquo-

rum

annorum damnatus sit, quod ipsa hoc damnum ei refarciet. Cuius hæc est ratio, quod tempore matrimonij est communis quædam societas inter coniuges. *l. 1. ff. de rit. nupt. l. 1. ff. Re. amo.* & maritus bona fide administravit bona dotalia, ideoque vxor tenetur stare locationi, quantum ad maritum, non autem quantum ad colonum. *Castren. in d. l. filiofam. ff. Sol. matr.*

Additur in thesi, quod si tempore venditionis fuit conuentum inter emptorem & venditorem, quod colonus non possit expelli, tunc colonus iustus ab emptore non expellitur. Quæ exceptio additur *in d. l. emptorem.* Cuius exceptionis hæc est ratio, quia contractus ex conventionem legem recipiunt. *l. 1. §. si convenit. ff. de pos. l. contractus. de R. I.*

Ad huc limitationi aduersatur, quod stipulatione alteri per alterum non queratur obligatio vel actio. *l. 38. §. alteri ff. de V. O.* Ergo neque hoc pactum venditoris cum emptore initum, prodest conductori. Resp. Cum illi personali actione concurrat ius reale retentionis, quam habet conductor in fundo conducto, per quam detentionem acquiritur illi ius exceptionis ex pacto. *Gomez. tomo 2. Var. resol. c. 3. num. 9. Godæ. ad l. facere 189 ff. de V. Oldend. cl. 4. act. 9.* Porro hæc decisio non procedit in colono partiario, nam huic emptor tenetur stare in conductione contracta. Ratio est, quia in eum colonum transit quodammodo dominium. *l. si merces 25. §. vis ff. loca.* Ita tradit *Socin. in fallent. reg. xi.* Postremò sciendum, quod emptor qui à fisco fundum emit, non potest expellere colonum, cui fiscus fundum locavit. Quod specialiter favore fisci est receptum, ne fiscus colonus teneatur ad interesse. *l. ult. vers. Papinianus. ff. de iur. fis.*

ASSERTIO LXIX.

Ex contractu facio vt des, oritur præscriptis verbis actio.

EX contractibus innominatis, qui sunt quatuor, do vt des, do vt facias, facio vt des, & facio vt facias, oritur præscriptis verbis actio: quæ ideo sic dicta est, quod detur ex præscripto conuentionis, vel vti conuenit inter contrahentes, si scriptum non sit. *l. cum mora. 6. C. de transf. Ric. ad Inst. de loca. & cond.*

Ad dubia valde est quæstio, an ex contractu facio vt des, hæc actio competat: in qua ipsi iuris authores inter se non conueniunt. Nam *in l. 5. §. si feci, ff. de præf. ver.* Paulus respondit, si faciam vt des, & posteaquam feci, cessas dare, nulla est civilis actio, sed de dolo datur. Contrarium

Dd 2

decidit

decidit *Ulpianus in l. solent 15. ff. eo.* vbi tradit, in hac specie, si tibi seruum tuum fugituum indicaui, vt mihi x. dares, competere actionem præscriptis verbis. qui tamen est contractus facio vt des. Quod apertius traditur *in l. si tibi 22. ff. eo.* vbi traditur, in hac specie, si tibi dederim vestes meas polliendas aut fariendas, vt cum eas sarcinisses, tantum tibi darem, quantum inter nos postea statutum esset, si fecisti quod conuenerat, neque do quicquam, aut non do æquum, dari tibi contra me præscriptis verbis actionem: in quo tamen casu contractus facio vt des, initus est.

In conciliatione huius antinomix verissima est distinctio *Accur. in d. §. quod si faciam.* communiter approbata à DD. Aut ex facto meo tibi nihil adest, nihil ad te accessit, veluti si seruum meum manumisi, vt mihi decem, ex tali manumissione nihil ad te peruenit; & tunc actio præscriptis verbis cessat, sed de dolo actio datur. *d. §. quod si faciam.* Aut tale est factum, ex quo aliquid ad te accedit, veluti si decem quæ mihi debebas, ea conditione acceptò tuli, vt mihi annulum dares; & tunc competit præscriptis verbis actio. *l. ob eam 9. ff. de præf. ver.* Vnde similiter in specie supra proposita de opera suscipienda in vestibus refarciendis, aut expoliendis, pro mercede postea constituenda, eandem actionem competere perspicue *Caius respondit in d. l. si tibi.* Hanc sententiam tueretur quoque & amplectitur *Hotom. in §. actionum. Inst. de act.* Sequitur *Costal. ad l. naturalis. §. quod si faciam. ff. de præf. ver.* vbi notat ab hac communi opinione non esse recedendum: quia Neotericorum sententiæ habent diuinationem, & nihilo veteri sunt probabiliores. Deinde in obscuris potior est antiquitatis causa, quod ea (vt dicebat *Pythagoras*) propius accedat ad Deum, & non ita vulgi opinionibus sit corrupta.

Secundò aduersatur *l. 4. & l. sub preteritu. 1. C. de transf.* vbi dicitur, quod ex transactione quæ per acceptilationem inita est, competat actio de dolo, & nulla alia competit ei, cuius in transigendo fuit actio extincta, cum tamen ibi initus sit contractus facio vt des, & quidem talis, ex quo ad aduersarium magna utilitas peruenit, scilicet remissio litis: quæ leges iterum pugnant cum *l. cum mota C. eo.* vbi traditur, ex transactione, præscriptis verbis actionem competere. Respondent communiter DD. *in d. l. 4. & d. l. sub preteritu.* creditorē ad transigendum dolo fuisse inductum, quo casu actione extincta, actio de dolo tantum locū habet. Vel melius ex sententiâ *Dornelli* ita respondendum. Aut agitur de eo quod ante petere potuimus, retractando, & tunc nulla restat nisi actio de dolo. Aut actor consequi id vult quod transactionis causa promissum sibi est, & tunc datur præscriptis verbis actio. *d. l. cum mota.* Dissentiunt ab hac opinione *Cuiac. ad l. 7. ff. de pact.* qui statuit ex contractu facio vt des non oriri actionē civilem præscriptis verbis, sed de

de dolo tantum, & in factum actionem prætoriam competere. Vide *l. in tracta. de præsc. verb. c. 2. & seq.* qui tradit ex contractu facio ut des, omnibus casibus competere actionem præscriptis verbis. *Contin. lib. 1. iur. c. 13.* hanc legum pugnam ita conciliat, ut dolo non interueniente præscriptis verbis actio locum habeat. *d. l. 5 §. sed si dedi. & d. l. solent. ff. de præsc. verb.* dolo verò interueniente sola actio de dolo competat, nec villo concurrat actio præscriptis verbis cum actione de dolo. *l. 7. in princ. ff. de præsc. verb.* Vide *Corras. lib. 2. Miscel. c. 10.* ubi etiam latè & perspicuè probat, ex contractu facio ut des, oriri actionem præscriptis verbis, sicut ex reliquis contractibus innominatis.

ASSERTIO LXX.

*Re aliena obligata creditori scienti, non conualescit pignus,
dominio debitori postea superueniente.*

QUÆSTIO est difficilis, An conualescat pignus, si debitor rei alienæ, quam obligauit, postea fiat dominus. Et distinguendum est inter creditorem scientem & ignorantem. Si sciuit rem fuisse alienam, difficius creditori confirmatur pignus, ait Papinianus in *l. 1. ff. de pign. diffici-* Si, id est, omninò non, ut *Gl. & DD.* interpretantur. Creditori igitur scienti non dabitur hypothecaria.

Non obstat, quòd impedimentum rei alienæ, quo fiebat, ne res aliena pignori obligari posset, sublatum sit per dominium debitori acquisitum, quia non sufficit ad constitutionem pignoris, debitori dominium aliquando superuenire: sed ut pignus rectè contrahatur, requiritur præcisè, ut pignus tempore conuentionis in bonis debitoris fuerit *l. & que nondum. §. 1. in re. cum conueniebat. ff. de pign.* Si ignorauit creditor rem esse alienam, ex æquitate utilis persecutio exemplo pignoratitiæ creditori datur. *l. cum res. C. de lie. respig.* Ratio diuersitatis inter creditorem scientem & ignorantem est quòd creditori ignorantem rem alienam pignori datam, competat contra pignoratitia contra debitorem, ad pignus magis idoneum substituendum. *l. tutor. §. contrariam. ff. de pign. act.* igitur æquitas suadet, ut eo casu hypotheca confirmetur. Creditor autem dolosus & sciens rem alienam fidari in hypothecam, non potest contrario iudicio agere ad constituendum aliud pignus *d. §. contrariam.* Igitur æquitas, quæ nequaquam pro dolo militat, non dicat hypothecam confirmari, ne ad hoc quidem, ut uti actio aduersus debitorem detur. *Bart. in d. l. 1.*

Dd 3

Alij

Alij contrarium existimant, vtilem actionem hypothecariam creditori scienti contra debitorem dari, si debitor rem obligatam teneat, & exponunt verbum, difficilius, cum temperamento quasi dicat IC. difficile quidem actionem vtilem dari, nihilominus tamen hoc vno casu dari. Mouentur hac ratione, quod turpe sit debitori allegare, se rem alienam obligasse, & sic propriam turpitudinem detegere; atque inciuile sit, quod debitori semel placuit, cum prestare non posset, iam cum potuit prestare, displicere & prestare nolle. Sed hæc opinio merito reprobata est à *Barrolo* & *Fulgo* in *d.l.1.* quos sequitur *Mudæ* in tract. de pign. c. 2. & *Donel.* de pign. c. 9. Nam si interpretemur verbum, difficilius, pro ægrius, quasi IC. velit, difficulter quidem datur, sed tamen datur contra ipsum saltem debitorem hypothecaria actio, resultabit ex ea interpretatione maxima absurditas, ut videlicet fateri cogamur, promiscuè actionem hypothecariam dari creditori scienti, & ignoranti rem fuisse alienam. Quod tamen contra mentem Papiniani est in *d.l.1.* qui scientem creditorem ab ignorante distinguit, in verb. qui non ignorauit alienum, à contrario sensu, & contra *d.l. cum res*, vbi dicitur, exemplo pignoratitiæ vtilem hypothecariam dari, id est, non alij vtilem hypothecariam dari, quam cui datur contraria pignoratitia actio. Certissimi autem iuris est, creditori scienti pignus alienum fuisse, contrariam pignoratitiam non dari. *d. §. contraria*. Ergo multò minus dabitur hypothecaria. Cum igitur creditori scienti contraria pignoratitia non detur, consequens est nec hypothecariam dari: nisi quæ magna ratio suadeat esse dandam, puta si nominatim id conuenit, aut appareat debitorem creditoremque id sensisse. *Donel. d. loco*. Nec ab hac opinione dimouet nos, quod supra de detegenda propria turpitudine obiectum est, cum etiam ignorans debitor alienam rem creditori scienti obligare potuit.

Obiicitur autem huic distinctioni *l. rem alienam 41. ff. de pign. act.* vbi indistinctè traditur, si debitor qui rem alienam pignori dedit, postea eius res dominus factus est, dari creditori vtilem actionem pignoratitiam, nec adhibetur distinctio, an creditor sciuit vel ignorauit. Resp. Licet in principio legis generaliter IC. loquatur, tamē ex vltimis verbis legis apparet eum de creditore ignorante loqui. Nam in fine dicit, si conuenit de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbè resistit, quominus utilis actio moueatur. Quæ verba tantum de debitore, qui creditori ignoranti rem alienam pignori dedit, exaudiri possunt. Ille enim ex mendacio suo argui tantum potest, qui ignorantem aduersarium decepit mendacio, non is qui rem alienam suam esse asserens, pignori dedit, creditore id sciente falsum esse. Qui enim sciente aduersario quid falsum asserit, non dicitur eum decipere. *l. qui se hnt 45. ff. de pet. here. Donel. d. loco*. Vide de hac quæstione latius & plenius differentem *Anton. Fabrum lib. 20. coniect. cap. 17.*

ASSER

ASSERTIO LXXI.

Species pignoris, quæ ἀντίχρεσις appellatur, licet præscriptum à legibus usurarum terminum egrediatur, illicita non est.

ΑΝΤΙΧΡΗΣΙΣ est species quædam pignoris, qua ea conditione res pignori datur, ut creditor percipiat fructus in vicem usurarum, donec soluat pecuniam debitor. l. 11. §. 1. ff. de pigno. l. si pecuniam 33. ff. de pigno. Eaque conventio valet, etiam si perceptio fructuum legitimum usurarum modum excedat, propter duas rationes. Primò propter incertum fructuum proventum, quia cum vno anno plus, altero minus nascatur, si pauciores fructus colligat creditor ex agro pignorado, quam legitimum usurarum modus efficiat, contentus ijs esse cogitur. Ideoque si & maiores fructus producat ager, debet hoc cedere lucro creditoris. Altera ratio est incertum fructuum pretium, quia eorum pretia pro locorum & temporum varietate mutantur: atque ita fit, ut fructus aliquando excedant legitimarum usurarum modum, quandoque usuræ ampliores sint fructibus. Inquam fructuum incerta æstimatio, & dubius eorundem proventus antichresin permittit. l. si ea lege l. si ea pactio. C. de usur. Similiter & propter incertum fructuum pretium & proventum hæc pactio admittitur, ut fructus puta oleo, frumento, vino creditis, accessiones siue usuræ eiusdem rei supra legitimum modum admittantur. l. oleo 23. C. de usur.

Hic autem conclusioni graviter obstat l. cum debitor. ff. In qu. caus. pig. t. ac. ubi Paulus scribit, cum debitor gratuita pecunia utitur, potest creditore fructibus rei sibi pignorate ad modum legitimum usuras retinere: quia lege non conceditur antichresis nisi ad legitimum usurarum modum. Respondendum, duplicem esse antichresin, tacitam & expressam. Tacita est, quando debitor pecunia mea gratuito utitur, & usuras ab eo stipulatus non sum: cuius beneficii pensandi gratia tradit mihi agrum pignori, fructus usurarum vice percipiam. In hac tacita antichresi, intra modum legitimum usurarum, quasi tacito consensu creditor fructus percipiet. l. de d. l. cum debitor, tacitæ antichresis exemplum ponit, quod ipse etiam titulus exigit, qui est de tacitis pignoribus. Antichresis expressa est, quando nominatim creditor stipulatur usuras pecuniæ mutuo datæ, & loco usurarum debitor concedit creditori, ut fruatur fructibus prædij oppignorati.

In hac

In hac expressa antichresi fructus superare modum vsurarum possunt, & tacita non item. Eleganter Cuiac. lib. Obs. 3. c. 35. & lib. 8. c. 17. Pacius ad l. si lege 17. C. de vsur. Borcholt. in tract. de vsur. c. 6. m. 5. Anto. Faber. in erro. pragmat. de cade 1. errore. 5. & 6. Dissentit Donellus in tract. de vsur. cap. 4.

A S S E R T I O LXXII.

Inuecta in prædium vrbaniū tacite pignori sunt obligata, non autem in prædium rusticum. contra communem DD. sententiam.

IN VECTA ab inquilino in prædium vrbaniū, vt perpetuū ibi sint, si ne ulla conuentione tacite censentur locatori ædium juris authoritate esse obligata, pro mercede domus. Diuersum est in prædijs rusticis: nam inuecta & inducta in prædium rusticum, non sunt tacite obligata, sed tum demum, si nominatim conuenit inter colonum & prædij dominum: fructus enim tantum, qui ibi nati sunt, tacite pignori sunt obligati ob mercedem locationis. l. eo iure. l. in prædijs. ff. In qu. ca. pig. tac. con. l. 3. & 5. C. eo. §. interdictum Inst. de interd. Ratio diuersitatis sumenda est ex moribus Pop. Rom. Solebant apud Romanos in prædijs rusticis nata pro mercede agri obligari, in vrbaniis autem prædijs inuecta illatæ. l. si seruus 61. §. locati. ff. de furt. Quod autem erat in more positum, paulatim in ius transiit. arg. l. 1. ff. de vulg. & pup. subst. l. 1. ff. de don. int. vi. & vx. Hanc rationem diuersitatis Duare. & Cuiac. reddunt ad l. 4. ff. de pact. Donel. in tract. de pact. c. 4. hanc adfert rationem, cur inuecta in prædium rusticum non sint tacite pignori obligata, quia locatori pro pensione agri satis sit cautum fructibus, quos pignori esse diximus: hi cum nulli in vrbaniis prædijs nascentur, necesse fuit, siquidem vlla re cauere vellemus locatori, inuectis & illatis cautum esse. Adde quod rustici plerunque inuehere solent in prædia rustica instrumenta ad agri culturam pertinentia, puta rastra aratra ligones, bones aratorios, quæ sunt priuilegiata, & pignori capi non possunt. l. pignorum 8. & Auth. seq. C. Quæ respign. obl. pos. Accurs. in §. item Seruiana. Inst. de actio. hanc rationem reddit, cur inuecta & illata in prædium rusticum non sint tacite obligata domino prædij pro mercede locationis, quia sancta rusticitas omnia palam habet, & nihil occultum relinquit, sed inquilinus multa etiam clam apportat, quæ dominus ignorat.

Non obstat l. certi iuris. C. loca. vbi dicitur, quæ coloni voluntate dominorum in fundum conductum induxerunt, pignoris iure teneri: Ibi enim

ann voluntatis nomine significatur expressa conuentio, hoc est, quando nominatim inter colonum & dominum prædij conuenit, vt inducta in prædium rusticum pignoris iure teneantur, tunc pignori erunt. Ad quid ena de voluntate domini induci exigimus, nisi de inductis pactio ali-
facta fuerit? voluntatis enim verbum pactionem quoque expressam de potat. l. Pomponius. ff. In qu. ca. pig. tac. Ita conciliant hanc antinomiam
sch. in tract. de interdict. remed. 3. ad ipis. posses. quest. 4. Corras. ad §. Item Seruiana.
usle actio. Conna. lib. 4. comment. iur. civ. cap. 16. nu. 5. Charondas lib. 3. verisimili.
ur 15. Baro ad d. §. item Seruiana. Inst. de act. Baro, Duarenus & Cuiacius ad l. 4. ff.
ctis. Dissentiunt communiter DD. ad §. item Seruiana. Inst. de actio. Negu-
de pigno. part. 2. memb. 4. num. 147. qui statuunt indistinctè & communiter
invecta & illata in prædium rusticum à colonis, quam inducta in
prædium vrbatum tacitè domino prædij pignori obligari, licet nulla
de hisce bonis illatis in prædium rusticum interuenerit conuentio. Obij-
huic assertioni l. 3. ff. In qu. cau. pig. tac. contr. vbi dicitur, si horreum sit
ductum, etiam ex tacita conuentione inuecta & illata esse pignori.
Rep. Horreum etiam in iure accipitur pro prædio vrbano, in quod ho-
mies pretiosissimam partem suorum bonorum reponunt. l. 3. §. effractura.
off. præf. vig. l. pediculis 32. §. item cum quereretur. ff. de auro & arg. leg.

ASSERTIO LXXIII.

*Quando nihil pactum est de distrahendo pignore, creditor
nihilominus post unam denuntiationem, pi-
gnus statim vendere potest.*

inter creditorem & debitorem nihil conuenit de distrahendo pignore, tunc debitore cessante in solutione, postquam creditor semel denuntiauit debitori venditionem pignoris, statim & sine vlteriori pignoris expectatione pignus distrahere poterit. *l. 4. & ibi Costal. ff. de pig. 4. C. de dist. pig.* Volunt autem vulgo interpretes hoc ius emendatum per constitutionem Iustiniani *in l. ult. C. de iu. do. imp.* & putant, non antequam, postquam est debitori facta venditionis denuntiatio, posse pignus distrahi. Sed verior & probabilior est sententia, non esse ius venditionis constitutione Iustiniani emendatum: Primùm, quia durum & iniustum videtur, vt creditor qui iure pignoris rem possidet, tam longum tempus expectare cogatur, nec ante possit ius suum consequi. Deinde constitutio Iustiniani ad eos tantùm pertinet, qui ius dominij in pignore

E c

impetrare

E e

impetrare

impetrare volunt, vt non ante biennium id impetrare possint, biennium autem exacto non statim possint, sed prius rem venum exponere, & distrahere si possint, experiri cogantur: si non possint, vt si pignus emtorum non reperiatur, tum deinde à Principe impetrare poterunt, vt pignus iure dominij possideatur. Et huius sententiæ hoc est euident argumentum, quòd Imp. initio eius constitutionis proponat, se formam in iure dominij impetrando mutare velle: vnde non efficitur, idem esse obseruandum in eo casu, quando solum pignus distrahere vellet. Hæc eruditè differt contra communem sententiam Donel. in tract. de pigno. c. 12. de distr. pign.

ASSERTIO LXXIV.

Qui priorem habet generalem hypothecam, creditori posteriorem generalem hypothecam habenti, in bonis post utranque obligationem quæsitis præfertur.

CVM generalis hypotheca non solum præsentia, sed etiam futura bona comprehendat. l. vlt. C. Quæ respig. obl. quæsitum est, an in bonis, quæ post secundam obligationem accesserunt, etiam prior creditor præferatur. Et verius est, præponendum esse eum qui priorem hypothecam habuit, etiam in bonis postea quæsitis. tex. in l. vlt. ff. Qui pot. in pign. Itaque si Titius primùm mihi omnia sua bona generaliter obligauit, deinde etiam tibi generaliter, præferar ego in quæsitis à Titio post utrunque contractum. Idque ex generali iuris regula rectè obtinuit, quòd nimirum qui prior est tempore, potior quoque sit iure, & in persecutione pignoris præferatur. l. 2. & l. creditor 12. ff. d. tit.

Sed huic assertioni grauitè obstat l. si qui mihi 28. ff. de iu. fis. in qua traditur, quòd creditor qui prius cum priuato contraxerat sub generali hypotheca omnium bonorum, non præfertur fisco post contrahenti, sed fiscus licet tempore posterior, tamen potior est in bonis postea quæsitis, quæ lex è diametro pugnat cum d. l. vlt. ff. Qui po. in pig. Variæ sunt ad hanc antinomial responsiones. Cuiac. lib. Obs. 10. c. 22. ita respondet, quòd creditor prior tempore, in bonis tempore prioris obligationis pertinentibus ad debitorem, item in bonis acquisitis post priorem obligationem antequam cum fisco contraheret, præferatur fisco; sed in bonis quæsitis post obligationem fisci, creditor prior non præfertur, sed in ijs fiscus licet posterior præponitur. Mihi verior videtur Bartoli & Connani conciliatio, quòd hoc speciali priuilegio fisci sit receptum, vt fiscus licet posterior sit

fit creditor, tamen in bonis post vtranque obligationem quæsitis priorior. Idque ideò fit, quia bona postea quæsit cum sua causa & conditione, quam legis auctoritas illis imposuit, creditori primo obligantur. Lex statuit, vt bona contrahentium cum fisco, tam præsentia quàm futura, tacitè obligentur fisco. *l. aufertur 46. §. fiscus. ff. de iur. fisci. l. 3. C. de priu. fisci.* Igitur cum ea qualitate bona affecta ad priorem creditorem transeunt, ut ut sint fisco obligata. Non mirum ergo, vt fisci obligatio in ijs sit prior & prior, quia omnia quæ quærit debitor fisci, tacitè oppignorata sunt fisco. Igitur cum taciti pignoris vinculo quæsitæ bona prioribus creditoribus tenentur, cum obligatio futurorum bonorum demum conueniat, cum quæque res incipit esse debitoris. *l. idemq. 7. §. 1. ff. Qui po. in pig.* It tradunt *Bart. in d. l. si qui mihi. & Conna. lib. 4. coniect. c. 17. Vide Anton. Fabr. de hac explicantem lib. 2. coniect. c. 10. & aliter Fornerium lib. 1. selection. c. 24. de iure aliter Donellum in tracta. de pignor. cap. 12.*

Verùm adhuc grauitè obstat huic solutioni *d. l. vlt. ff. Qui po. in pig.* vbi prior creditor etiam in bonis postea quæsitis præfertur fisco. Resp. Ibi prior creditor habebat priuilegium tutelæ, & sic cum fisco pariter erat conditionis, quia vterque pariter erat priuilegiatus, vnde meritò fisco præfertur in postea quæsitis. Vbi enim sunt paria priuilegia in pignoribus, antiquus eorum præfertur. Aliud est in creditore non priuilegiato, qui prius contraxit, hic fisco non præfertur in bonis post quæsitis.

Secundò opponitur *l. si pignus 8. ff. Qui po. in pig.* vbi dicitur, si priuatus ante fiscum contraxit, & hypothecam accepit, fiscus tempore posterior priuato creditori, priori in pignore non præfertur. Resp. In bonis tempore prioris obligationis quæsitis, creditor priuatus tempore prior, præfertur in pignore, at in bonis post obligationem posteriorem quæsitis, prius tempore posterior præfertur.

ASSERTIO LXXV.

*Nec urbana, nec rustica seruitutes
oppignorari possunt.*

HANC sententiam amplectuntur *Duare. lib. 2. disp. c. 13. & Donel. in tract. de pigno. c. 10.* Et quidem de urbanorum prædiorum seruitutibus, extra controuersiam est, eas oppignorari non posse, *l. si is qui bo. 1. §. vlt. ff. de pign.* Verùm in dubium vocatur, an rustica seruitutes op-

E c 2

pignorari

pignorari possint. Idem tamen statuendum arbitror de rusticis, quod de urbanis seruitutibus proditum est, quod in utrisque seruitutibus eadem militet ratio. Ratio enim prohibitionis hæc est, quia utiliter pignus constitui nequit, nisi aliquando vendi possit à creditore. *l. si fundus 16. §. creditor. 5. ff. de pign.* Atqui seruitutes tam urbanis quàm rusticis prædijs cohærent, ab ijsque nullam recipiunt separationem, unde separatim cedi vel vendi non possunt, sed tantum cum ipsis prædijs. *l. via 23. §. si fundus. l. unus ex sociis 34. ff. de ser. rust. præd. l. cum fundus. ff. Com. præd.* Itaque nisi & ipsum prædium pignori detur seu vendatur, seruitutes prædiales oppignorari & vendi non posse, certa ratio suadet. Dissentiunt *Mudæ. in tract. de pigno. c. Que res pig. obi. Conna. lib. 4. com. c. 14. Cuiac. lib. Obs. 15. c. 6. Faber lib. 5. coniect. c. 11. & lib. 19. c. 6. & 7.* existimantes, rusticas seruitutes oppignorari posse, sed non urbanas. Pro eorum sententia adfertur *l. sed an via 12. ff. de pigno.* Sed respondetur, eam loqui de domino, qui in prædio suo creditori vult seruitutem oppignorare, ut ea creditor utatur, quamdiu pecunia non sit soluta, quod hoc permittatur domino prædii seruientis, non ut valeat ipso iure seruitus, quæ ad tempus constitui non potest, sed propter utilitatem contrahentium hæc conuentio sustinetur.

Contrà verò is qui seruitutem prædio suo iam acquisitam & impositam habet, non potest hanc seruitutem prædio suo quæsitam alij oppignorare. Ratio est, quia seruitus prædio alicuius semel acquisita, non potest ab eius prædii domino in alium transferri, nisi simul & ipsum prædium trāsferatur, & alienetur, cui seruitus quæsitæ est. *l. ex meo 24. ff. de ser. rust. præd.*

Obiicitur etiam *l. sed & quod 9. §. 1. ff. de pign.* ubi dicitur, quodcumque recipit emtionem, etiam pignorationem recipere potest. Ergo & seruitutes oppignorari possunt, quia emi possunt. Resp. Huic regulæ generali derogatur per aliam magis specialem, scilicet *l. si is qui x. §. ult. ff. eod.* seu ab ea excipiuntur seruitutes prædiales, seu reales.

ASSERTIO LXXVI.

Qui ob refectiorem navis pecuniam credidit, non habet tacitam hypothecam.

QUod ad nauem reficiendum pecuniam credidit, non aliter hypothecam habet, quam si nominatim & expressè conuentum sit. Probatur hæc decisio per *l. qui in nauem 26. & l. quod quis 34. ff. de reb. auct. iud.* ubi dicitur, eos qui in nauem reficiendam pecuniam crediderunt, habere priui-

privilegium exigendi debitum post fiscum. Ex quo euidenter colligitur, nullum ius tacitæ hypothecæ eos habere, alioqui fisco præferrentur, cui præferuntur omnes creditores hypothecarii, qui tempore sunt priores. *l. 8. ff. Qui pot. in pign.* Præterea ille qui in rem emendam pecuniam credidit, non habet tacitam hypothecam in re emta, *l. licet 7. C. Qui po. in pig.* nec ille qui in reficiendam vel extruendam nauem credidit, quod illi duo inter se conferuntur & comparantur *in d. l. quod quis.*

sed obijcitur *l. interdum 5. ff. Qui po. in pig.* ubi is qui in reficiendam nauem pecuniam credidit, cæteris creditoribus potior est, quibus eadem nauis prius erat obligata. Resp. Hoc sic accipiendum est, cum cæteris esse potior, si modò illi nauis etiam pignori obligata est. Non enim illic agitur, quomodo nauis obligetur pignori, sed ex illis, quibus obligata est nauis pignori diuersis temporibus, quis sit potior quæritur. Ille igitur potior est, qui ad nauem reficiendam pecuniam credidit, quamuis posterius crederet, dummodò huic quoque nauis pignori obligata sit, quod fit expressa conuentione.

Secundò opponitur hoc argumentum. Vbi eadem est ratio, idem quoque ius statuendum est. *l. illud 32. ff. ad L. Aquil.* Verùm eadem ratio obtinet in creditore in refectionem nauis pecuniam credente, quæ in illo creditore valet, qui ad restitutionem domus ruinosa nummos credidit, qui tamen non habet tacitam hypothecam in domo restaurata *l. 1. ff. In qu. ca. pig. ta. et.* Nam ideò ille qui ad restitutionem ædium pecuniam credidit, habet tacitam hypothecam, quia eius pecunia saluam fecit totam domum. Eodem modo competit illi tacita hypochea, qui ad reficiendam nauem pecuniam credidit, quia eius pecunia saluam fecit totam nauem. Resp. Non est eadem ratio reficiendi ædificii, & nauis, aut alterius rei conservandæ. Nam in reficiendis ædibus versatur publica vtilitas, ne scilicet ædium deformetur aspectus vrbis. *l. 2. C. de adif. priua.* Quæ ratio cessat in resecta nauis, vnde pignus in ea non contrahitur, nisi de eo generaliter aut specialiter conuenit. Ita eleganter tradunt, *Donel. de pigno. c. 5. & Con. lib. 4. Com. c. 17.* Dissentiunt *Minsing. Sneidew. & alij ad §. Item Seruiana. Inst. de action. Petrus Vanderanus in tracta. de priuil. credit. c. 8. Andr. Gail, Germania Papi. nus lib. 2. Obser. c. 12.*

A S S E R T I O L X X V I I .

*Vsuræ legitimæ diuino & humano iure non
sunt prohibitæ.*

NON solum inter IC^{tos}, verum etiam inter Theologos illud prolixè controuertitur, an diuino & naturali jure liceat vsuras accipere. Et breuiter dicendum est, non repugnare legi naturæ, & verbo Dei, legitimas vsuras exigere: quia illius mandati de non fœnerando, hæc sententia & hic finis est, ne quid fiat contra charitatem, seu ne proximo noceatur. Cuius tantum abest, vt in hac causa deterior fiat conditio, vt magno beneficio afficiatur, quod alterius opera consecutus est, vt vel lucrum faciat, vel damnum euitet, vel necessitatibus eius subueniatur. Ad hoc autem vt vsuræ licitè accipiantur, illud præcipuè requiritur, vt qui pecuniam dat, non pro officio mutationis, sed pro suo interesse, hoc est, pro sua indemnitate aliquid præter sortem accipiat. Illa dicitur vsura compensatoria, & non est vera vsura, neque vllò iure prohibita, sed eius quod interest legitima & æquabilis compensatio. Alia dicitur vsura lucratoria, que est lucrum ex mutuo tantum propter officium mutationis exactum, quæ nulla habita ratione damni creditoris, tantum propter officium mutationis exigitur: hæc iniusta & illicita est. Hanc distinctionem disertè comprobatur *Paulus in l. cum quidam 17. §. si pupillo. ff. de Vsur.* vbi respondet, vsuras non propter lucrum petentium, sed propter moram non soluentium irrogari: id est, vsuræ rectè promittuntur ob id, quod creditoris interest, quæ scilicet damnum compensant, quod creditor vsu pecuniæ suæ caruit. *Hotom. in tractatu. de Vsur. lib. 1. c. 1. & 8.* Latius & exactius de hac questione differit *Molineus in tract. de vsur. num. 9. & 48.* vbi Justinianum propter statutum vsurarum modum non solum crimine hæresæos liberat, sed etiam pium & egregium nomothetam se præstitisse probat. Pulchrè & eruditè *Hotom. & Donel. in tract. de vsur. in princ.* Eleganter *I. Calui. epist. 383.* vbi certas aliquot & æquisimas leges & condiciones tradit, quæ interuenire debent, vt licitè vsuræ exigantur. Summa hæc est, quod si quis ex pecunia mutuò data damnum incurrit, vel lucrum aliquod, quod ex pecunia credita certò facere potuit, propter mutationem amittit, tunc licitè poterit pecuniæ mutuo datæ vsuras, vel potius interesse petere. *l. ynic. C. de sent. qua pro eo quod inter. &c.* Nemo enim tenetur proximo ita benignè facere, vt sibi ipsi sit afflictio. teste *Paulo 2. ad Corint. c. 8. Wes. in parat. de vsur. num. 7. & 8.*

Non

Nō obstant prædictis loca scripturæ Exodi 22. Leuit. 25. Ezech. 18. & 25. & 23. Psal. 15. Luca 5: quibus vsuræ prohibentur: quia his locis ex tan-
tâ vsuræ prohibentur, quæ NES ECK, id est, morsus Hebræis appel-
latur, quæ proximum mordent, quæ charitati repugnant, quæ cum dam-
nificatis exiguntur. Ita hæc loca Molina. explicat dicto loco.

Secundò obijcitur, quòd illi res quæstui esse debet, cuius est periculo.
l. qui commodatum. §. 1. ff. Commo. sed pecunia credita est periculo debito-
ri non creditoris. l. incendium. C. Si cer. per. Ergo quæstus ex pecunia credi-
ta roueniens, pertinebit quoque ad debitorem, & proinde inique cre-
ditor accipit vsuras pecuniæ, quæ non est ipsius periculo. Resp. Vera est
ratio propositio, nisi aliter inter contrahentes conuenit, quia pacta dant
legem contractui. l. contractus. de R. I. l. 1. §. si conuenit. ff. de pos. Ergo rectè ex pa-
cto vel stipulatione debentur vsuræ à debitore, licet periculum sortis ad
creditorum pertineat.

Tertiò aduersatur, quòd mutuum sua natura est gratuitum. l. rogasti. §. 1.
ff. de re. cred. Igitur contra naturam mutui non possunt vsuræ accipi. Resp.
Vsuræ non debentur ex contractu mutui, sed ex alia & noua obligatione,
id est, ex nouo & separato contractu stipulationis vsurarum, mutuo sub-
iecto. l. vsura 121. de V. S.

Quartò obijcitur tale argumentum Res per se sterilis nullum potest
producere fructum. Atqui pecunia est res sterilis & infructuosa. Ergo
non potest ex ea vsura percipi. Resp. Vsura percipitur ex industria homi-
num, qui negotiantur, & pecuniam fœnori collocant & exercent, non ex
his nummis, qui per se steriles sunt, & fructum nullum, etiam si per mul-
tos annos in arcam recondantur, adferunt.

Quintò opponitur l. inter claras 7. §. suscipimus. C. de sum. trin. & fid. cath. ubi
Justinia. approbat quatuor concilia, Nicenum, Constantinopolitanum,
Calædonense, & Ephesinum: & vult canones ab ijs conciliis lãtos vi-
ces legum obtinere. No. 131. Atqui in Concilio Nicæno vsuræ sunt im-
probatae. Vnde iure quoque ciuili sunt damnatae. Resp. Justinia. post l. in-
ter claras, edidit alias leges & constitutiones, quibus vsuras legitimas con-
finit, ideoque per illas novas constitutiones, puta per l. eos. C. de vsur. & No.
131 & 136. vsuras non improbauit.

ASSER-

Unica interpellatio constituit debitorem in mora.

PR O B A T V R hæc sententia in *l. Titia. §. vsuras. de leg. 2.* vbi habetur, quòd semel moram interuenisse sufficiat: quibus verbis innuit Paulus, quòd vnica interpellatio facta oportuno loco & tempore sufficiat ad creandam moram. Idem probat *l. qui decem 72. in verb. si aliquando interpellatus non soluit. ff. de solut.* Quod autem dicitur de vnica interpellatione, id ita accipiendum est, quòd vnica interpellatio, id est, admonitio coram testibus nuncupata, debitorem in mora constituat: ita tamen vt non ommittatur repetendi debiti instantia. *l. mora 32. in princ. ff. de vsur.* vbi dicitur, quòd mora committitur, si interpellatus non soluat. Vnica ergo interpellatio ad constituendum quem in mora sufficit, modò tamen creditor post interpellationem vrgeat & instet pro solutione. Instantia post interpellationem perseverare debet, sed non repetenda est interpellatio, nec iterum cogendi testes. Interpellatio nanque est admonitio, quæ fit testatò, soluendi vel accipiendi eius quod debetur. *l. qui Roma. §. coheredes. de V. O. Cuiac. ad Africa. in l. cum patris am. 27. ff. de vsur.* Hanc sententiam *Gl. Bart. & Ias. comprobant, in d. §. coheredes,* & alii quos recenset & sequitur *Menoc. de arbit. iud. lib. 2. cent. 3. casu 220.* vbi notat hanc sententiam communi DD. suffragio esse receptam. Ratio decidendi est, quòd legibus cautum est, interpellatione quem in mora constitui, *l. si ex legati. de V. O. l. denuntiass. ff. ad l. Iul. de adul.* Dispositio autem in primo actu verificatur. *arg. l. boues. §. hoc sermone. ff. de V. S.*

Sunt tamen qui tenuerunt, vt in mora quis constituatur, duplicem interpellationem necessariam esse, vt *Ferretus in libello de mora,* quem secutus est *Coras. lib. 2. Misc. c. 6. & Costal. in d. l. mora.* Quorum sententia vt noua, ita à vero aliena est. Neque eam confirmat *Martiani responsum in d. l. mora. vers. & non sufficit,* quia licet vna interpellatio debitori facta in mora eum constituit, tamen si ea procuratori vel seruo, absente debitore fiat, vna non sufficit: *l. item veniunt. §. petitam. vers. ponamus. ff. de pet. her. fieri enim potest, vt ea interpellatio propter procuratoris aut serui negligentiam ad domini seu debitoris notitiam non perueniat.* Nec verum est, in *d. l. mora.* dominum esse interpellatum, quod tamen *Coras. ex istis verbis textus colligit, cum etiam si ipsi domino denuntiatum est,* vbi verbum sufficiat, affirmativè subaudiendum est, vt hic sit sensus, etiam si sufficiat semel ipsi domino personaliter denuntiari; non tamen sufficit, si semel mediante persona serui

vel procuratoris, domino denuntietur; vt rectissimè meo iudicio interpretatur *Meno. d. loco, num. 36. & seqq.*

odem modo etiam alijs *I*Ctorum responsis *Corasius & Ferretus* non aduancuntur: nam ex eo, quod in *l. AEmilius. ff. de minor.* dicitur, venditorum tutoribus denuntiationes fecisse, non inferitur, plures denuntiationes vt in mora quis constituatur, esse necessarias, cum venditor denuntiationibus tutores in mora non constituat, sed à lege commissoria venditori adiecta recedat. *d. l. AEmilius. vers. dicebam.* dici enim lapsu tutores in mora constituti erant (cum dies contractibus adiecta interpellet pro homine) *l. magnam. C. de contr. stip.* non verò interpellationibus à debitore

etiam eorum sententia non corroboratur ex eo, quod in *l. si manda-*
§. ille illi. ff. Manda. sæpè conuentum mandatorem, in *d. l. qui Roma §. co-*
uenus, sæpius testatò conuentos tutores dicatur, quia ex facto ita casus
generat. Neque enim omnia quæ ex facto contingunt, de iure ne-
cessaria sunt. Neque verum est, quod in præiudicialibus, qualis est mora,
sæpius & sæpius contestatio facienda sit, quod pro ratione suæ opi-
onis adfert *Coras. d. c. 6. arg. l. 1. §. de inspiciendo. ff. de vent. inspici. l. 1. ff. de libel.*
c. 1. de suppl. neglig. prelat. quia cum debitor prima denuntiatione
facta, quid sibi sit faciendum, facilè ne in damna ex mora prouenientia
præcauere potest. *fac. l. 1. §. 1. in fi. ff. de act. emp.* vbi dicitur, quod qui
in mora est, amplius certiorari non debet.

ASSERTIO LXXIX.

*Sola oblatio sufficit ad euitandum pœnam, & purgandam
moram: sed plenissimam liberationem parit obla-
tio, consignatio, & depositio.*

EAN c thesin probat *l. qui Romana. §. Seia. de V. O. l. ob signatione. C. de solu-*
l. si per te. & l. acceptam. C. de vsur. l. tutor 28. §. 1. ff. de adm. tuto. Quod so-
la oblatio moram impediatur, probat *d. §. Seia.* vbi qui pecuniam re-
m obtulerat, non tenetur ad vsuras pecuniæ residuæ ex administra-
tutelæ debitæ. Oblatio enim sola facit, ne quis ex eis causis oblige-
uæ ex mora originem ducunt, quoniam qui offert, non est in mora.
vsuras quoque non debet, quæ ex mora profluxerunt. Sola oblatio
vsuras ex mora debitas,

constat *l. si creditrici & l. acceptam. C. de vsur.* vbi debentur vsuræ, nisi fiat
obsignatio

F f

obsignatio & depositio. Respondendum, quod istæ leges accipiendæ sunt de usuris debitis ex stipulatione, quæ non desinunt deberi, nisi accedat consignatio & depositio. Et hæc fuit sententia Joannis, in *d.l. acceptam*, quæ confirmatur à *Cuiac. in d. §. Seia.*

Secundo obijcitur *l. tutor. 28. §. 1. ff. de adm. tut.* ubi tutor tum demum liberatur ab usuris ex administratione tutelæ debitis, si finita tutela reliqua obtulit, & obsignata deposuit. Ergo sola oblatione usuræ ex mora debite non sistuntur. Resp. Idè in eo casu non sufficit sola oblatio, quia non rectè potest tutor finita tutela reliqua puberi solvere, nisi & petenti curatorem ei dari. *l. 5. §. si tutor. ff. de admittut.* & deinde rationes curatoris reddidit, quia solus pubes non est idoneus & capax, ut coram eo reddantur rationes administratæ tutelæ, & reliqua solvantur. Ideoque per solam oblationem reliquorum quæ ex tutela debentur, non potest pubes in mora constitui, sed requiritur præter oblationem consignatio & depositio. *l. si reus 73. ff. de procu. l. ait Prætor. §. 1. ff. de mino. l. 5. C. de adm. tut.* Vnde etiam statuitur in *l. vlt. C. de usur. pup.* quod si tutor offerat se paratum esse rationes reddere, & reliqua solvere, & sæpius denunciationibus interpositis puberem ad iudicium prouocet, & pubere hoc contentante, ad extremum apud acta ius dicentis protestetur, se paratum esse parem rationem facere cum pupillo, tunc liberatur ab usuris pupillaribus, sine vlla consignatione & depositione.

Nec obstat *d.l. ait Prætor. §. 1. ff. de mino.* quia ibi non dicitur, tutorem vel alium debitorem præcisè teneri pecuniam consignare & deponere adhibendas usuras, sed tantum conditionaliter, videlicet eo casu, quo debitor non vult solvere curatori parato recipere, metu restitutionis in integrum: itaque tunc deponet pecuniam, quo facto ab omni periculo restitutionis securus erit, & à tempore depositionis plenissimè liberatur. Ita etiam intelligenda est *d.l. tutor. in fin.* quod per solam oblationem pupillaris pecuniæ, tutor non erit plenè liberatus à restitutione in integrum, vnde nihilominus usuræ current, nisi legitimè deponat reliqua ex tutela debita. Pulchrè *Molin. in tract. de usur. quest. 39. Hotom. de usur. c. 4.* Requiritur autem obsignatio & depositio, ad hoc, ut omnis tollatur obligatio, & plenissima sequatur liberatio. *d.l. acceptam. & d.l. obsignatione.* Hæc liberat ab omnibus usuris tam ex mora iudicis officio, quam ex stipulatione debitis, siue præteritæ sint, & currere cœperunt, siue futuræ sint, & nondum currere cœperunt. *d.l. si creditorici, & d.l. acceptam. ubi Bart. l. vlt. C. de pig. act.*

Illud præterea sola oblatio facit, ut pœna non committatur. *l. Celsus §. vlt. ff. de arbit.* Verum speciale est in emphyteusi, ut ad evitandam pœnam expulsionis, deponatur & obsignetur annuus canon. Ratio est, quia lex
fatis

per prolixum spacium indulget emphyteutæ ad offerendam pensionem, nium scilicet: qui ergo in vno releuatur, in altero debet grauari. *l. 2. & infra. C. de iu. empb.*

Tertio sola oblatio liberat debitorem, si res oblata sine culpa eius interit, & periculum transfert in creditorem. *l. qui decem. ff. de solu. l. huiusmodi. §. si cui homo. de leg. 1.* Et hoc locum habet, si creditor omninò recusam accipere: nam si procrastinauerit, quasi alia die accepturus, statim periculum post oblationem ad creditorem pertinet. *l. creditor de solu.* Ibi creditor oblatam pecuniam non reiecit, sed in alium diem remisit, postea ea pecunia à magistratu prohibita vel diminuta est quasi interit, id est, æris nimium admixta habens: lex ait ob id creditorem non liberare à sua actione, quòd interim pecunia oblata fuerit. Nam aliud est pecuniam reicere, aliud differre: non omnis qui differt, moram facit. Solutur oblatio debitorem non liberat ab interitu, sed ita demum, si creditor recuset accipere, non si ex iusta causa differat.

Quarto sola oblatio soluit ἀντίχρεσις *l. ex prædiis xi. C. de vsur.* Antichresis multò grauior quàm vsura, & idèò facilius finitur, quàm vsura.

Denique sola oblatio liberat debitores fisci à publicis debitis, & tributis: in commissum cadant prædia propter non solum tributum. *l. 1. suscep. & arca.* Hi sunt quinque effectus solius & nudæ oblationis. Cuiusmodi Cuiac. ad Africa. in *l. si soluturus 39. ff. de solu.* Oblationis & depositio habent vberiores effectus, quia facta oblatione & depositione liberatur *l. 1. ult. C. de pig. act.* inhihetur actio personalis, hypothecaria, venditoris, ignorantis, sistuntur vsuræ quomodocunque debitæ siue propter mortem in contractibus bonæ fidei, siue ex stipulatione in omnibus tam bonæ fidei, quam stricti iuris contractibus, pecuniæ oblatæ & depositæ periculum integrè pertinet ad creditorem. *d. l. 2. l. si creditrici. & d. l. acceptam.*

ASSERTIO LXXX.

Cum dies & pœna est in obligatione, moræ purgatio non admittitur.

Hæc decisio vera est, siue dies à contrahentibus expresse sit addita solutioni, siue dies tacitè insit solutioni ex lege. *l. magnam. C. de con. stip. l. 2. C. de iu. emp. l. traiecitia. ff. de obl. & act. l. ult. ff. de nau. fœn.* Debitor qui ob pœna debebat ad certum diem quid dare vel facere, si post diem offerat, serò offert, non euitat pœnam semel commissam, moram non potest

potest emendare. *d.l. traiectionis*. Idem seruatur in specie *l. Celsus. ff. de recep. arb.* vbi arbiter iussit dari certa die, ea die non est datum, commissa est pœna compromissi: verum si post diem offeratur, an euanescit pœna compromissi? minime *d.l. Celsus*. Idem est in lege commissoria, quæ ita fit, si ad diem pretium non solueris, res inempta esto: pretium ad diem solutum non est, lex vel conditio emtionis cummissa est, & res censetur inempta, & si post diem pretium offeratur, frustra offertur. *l. si fundus. §. ult. ff. de l. commiss.* Ratio huius decisionis est, quia inter contrahentes id agi intelligitur, ut qui pecunia non soluta, semel in pœnam incidit, se ab ea liberare non possit: ne alioqui dies & pœna frustra obligationi adijciantur: seueriores enim & acerbæ sunt huiusmodi præscriptiones, & rem summo jure agi volunt.

Opponitur huic sententiæ *l. sancimus. C. de fideius. & l. etsi post tres. ff. Si qui caut.* Species facti est. Quidam promisit se iudicio sisti certa die, item adiecit pœnam, ni ea die iudicio sterisset. Quæritur si post diem se sistat, an euaserit pœnam? lex ait euasisse, idque assequi eum exceptione.

Dicendum, in hac re differentiam constituendam esse inter stipulationes conuentionales, & prætorias. Stipulatio iudicio sisti est prætoria, nec contrahitur arbitrio contrahentium, sed prætoris arbitratu. Conuentionales stipulationes strictiores sunt. *l. in conuentionalibus. de V. O.* Quæ à prætore concipiuntur, laxiores sunt, in his sibi contrahentes non prospexerunt, & ideo lex benignius interpretatur. Ideoque in ijs intra modicum tempus emendatur mora, si quis post moram se sistat, dummodò nihil interfit actoris, nec ex mora iure ejus factum sit deterius. *Baro ad §. ult. Inst. de societ. Cuiac. ad l. si insulam 84. ff. de verb. obl. responder,* quod in *d.l. & si post tres*, non fuerit subiecta pœna. A præstatione ejus quod interest liberatur is, qui se sistit post diem, ante litem contestatam tamen, id est, antequam petitum sit id quod interest. At verò à pœna semel commissa non liberatur, qui se sistit post diem.

Opponitur etiam *l. si insulam. de V. O.* & similes. Species facti. Quidam promisit se facturum insulam, tempus transijt, quo potuit ædificare. Ergo moram fecit, poterit igitur statim conueniri æstimationis nomine, sed ante litem contestatam ædificando liberatur, ergo post moram purgat se. Hoc facile expediri potest, quia nulla dies fuit adscripta promissioni, nulla pœna, nullaque conditio. Nos loquimur de debitore ad diem & sub pœna obligato. Dissentit *Iohan. Robertus lib. 2. senten. c. 18.* vbi tradit etiam die & pœna adiecta moram purgari posse.

A S S E R -

ASSERTIO LXXXI.

In obligationibus quæ diem habent, lapsus diei constituit debitorem in mora, nec interpellatio requiritur.

DEBITOR solo diei lapsu incidit in moram, puta si debitor ad diem pecuniam vel aliam rem promisit sub pœna, vel vsuræ promissæ sunt stipulatione, vel solo pacto, aut si post moram debentur in bonæ dei iudiciis: tunc enim ex solo die mora contrahitur, quia debitor intelligere debet se dare oportere. Itaque solo diei lapsu incidit in pœnam, vel vsuras. *l. magnam. C. de con. stip. l. 2. C. de iur. emp. l. si fundus. §. vlt. ff. de l. i. l. pecunie 9. §. 1. ff. de vsur. vbi dicitur, vsurarum stipulationem, quæ cuius debitor non conueniatur, committi, hoc est, statim committitur vsuræ ante interpellationem. Dies enim interpellat pro homine. l. c. 18. in prin. ff. de vsur. l. si fundum 114. ff. de V. O. l. hominem. ff. Manda. Ratio est, quia id actum videtur, vt qui falleret ad diem, statim incideret in pœnam & vsuras. l. traiecitia. ff. de obl. & act. Quoscunque ergo effectus mora interpellatione contracta in iure producit, eosdem & hæc soluendi ratio operatur, vbi certa dies præstituta est, etiamsi nulla præcessit adiunctio. l. etsi post tres. ff. Si qu. caut. l. stipulationes non diuiduntur. §. vlt. l. si ita 135. §. Seia. de V. O. Itaque sicut periculum interitus post moram interpellatione commissam, pertinet ad debitorem, ita & præstituta die sine admonitione elapsa, periculum interitus vel deteriorationis debitori imbit. l. si Stichus 33. de V. O. Sic fructus & vsuræ similiter a tempore lapsus diei debentur, quemadmodum & cuiuscunque alterius interpellationis. l. cum quidam. §. vlt. ff. de vsur. l. Lucius 47. ff. de act. emp.*

Obiicitur regula iuris, quia dicitur, diem videri adiectum gratia debitoris, l. cum tempus. de R. I. ideoque nec per euentum diei debitor constituitur in mora. Resp. Quod dicitur, diem existimari adiectum fauore debitoris, hoc ita accipiendum est, quod interuallum siue spacium interuallum censeatur fauore debitoris adiectum l. si ita relictum. 43. §. Pegasus. de leg. Verum negare, momentum diei aduenientis magis proficere creditori, quam debitori, planè absurdum est. Unde tristes & miseræ dicuntur l. endæ, quod aduentus illarum debitoribus sit infelix, quamuis momentum interuallum sit illis fauorabile. Pulchrè Rober. lib. 2. sent. iur. c. 17. vbi hæc communem DD. sententiam eruditè defendit.

F f 3

Secundò

Secundò obijcitur, quòd generaliter & indistinctè traditur, nullam esse moram, vbi nulla petitio, id est nulla interpellatio est. *l. nulla. de R. l. si pupillus 27. ff. de V. O.* Item vnumquemque moram ita facere, si interpellatus non soluit. *l. mora. ff. de vsur. l. si ex legati. de V. O.* Resp. Hæc accipienda sunt ijs casibus, quibus interpellatio ideò necessaria est, vt debitor scire possit, quando creditor sibi velit solui. Verùm eum qui ad diem obligatus est, superuacuum est interpellari, cùm sciat ex natura obligationis, quòd certo tempore id facere debeat. *Donel. in tracta. de mora. c. 2.* Alij *d. l.* Nulla mora ibi fieri intelligitur, vbi nulla petitio est, ita accipiunt, ac si dicatur, vbi petendi ius non fuit, sive quia nulla competeat actio, sive quia actor exceptione repelli poterat. ibi nulla committitur mora. Vnde *Paulus in l. lecta. 40. ff. de reb. cred.* scribit, in mora non esse eum, à quo propter exceptionem pecunia peti non potest.

A S S E R T I O L X X X I I .

Vsuræ in stricti iuris iudiciis, non nisi per stipulationem debentur.

HÆc inter bonæ fidei actiones, & stricti iuris est differentia prodita, quòd in illis ex mora vsuræ debentur, *l. mora. §. in bonæ fidei. de vsur.* In stricti verò iuris iudiciis non nisi ex stipulatione debentur: & ne quidem à tempore litis contestatæ. *l. 3. C. de vsur. l. Titius. ff. de pres. ver. l. 1. C. de cond. indeb.* Falsa igitur est *Corasii lib. 2. Misc. c. 7. & Costalij ad l. videamus. 2. de vsur.* sententia, qui volunt, vsuras post litem contestatam semper deberi in stricti iuris iudiciis, etiam si per stipulationem non sint promissæ.

Nihil facit pro eorum sententiæ confirmatione *l. lite. ff. de vsur.* vbi dicitur, quòd lite contestata vsuræ currunt. Nam ea est istorum verborum sententia, quòd lite contestata vsuræ non desinant deberi, & quòd cursus earum per litem contestatam non interrumpatur, si scilicet ante per stipulationem sunt promissæ. *l. 1. C. de iudic.* Nam quo modo vsuras tandem peter, cui non sunt promissæ? *d. l. Titius.* Non dicet lex, à lite contestata incipere vsuras deberi, quæ ante litis contestationem non debebantur, sed dicit, non desinere vsuras deberi propter litem contestatam; hoc est, vt vno verbo dicam, vsuræ quæ ante litis contestationem debebantur, non cessant currere, sed perseverant post litem contestatam currere. Ideò autem *Paulus id in d. l. lite*, respondit, quia iusta ratione dubitari poterat, an per

litis contestationem desinerent usuræ deberi. Cum enim per litis contestationem novatio quædam contrahatur, *l. aliam. ff. de nova.* videbatur mandandum, ut sicut principalis obligatio novatione extinguitur, ita & usura: sed hoc nihil obstat, quia hæc est novatio necessaria: quæ fit per litis contestationem, quæ meliorem solet facere conditionem creditoris, deteriore. *l. non solet 86. de R.I.*

Secundo obiicitur *l. usura. ff. de usur.* ubi dicitur, usuras fructuum vicem obnere: atqui fructus post litem contestatam debentur, ergo & usura. *Responsum. §. si actionem. ff. de usur.* Responsum. Usuræ fructuum quidem vicem obnunt, sed hoc in legatis, fideicommissis, & bonæ fidei iudiciis observatur, ut allegata lex seipsam declarat. *Molin. in tract. de usur. quest. 73. num. 1.* hanc *l. ita accipit*, quod usuræ succedunt in locum fructuum, nec debent à fructibus separari; id est, non debent seorsim utraque exigi, nisi quatenus vnum ex iis alterum excedit, quia ratione vnius rei non debet accessio exigi: Itaque fructus si qui sunt percepti, debent cum usuris compensari: & si amplius usuræ pecuniæ, quam fructus prædij efficiant, tunc superfluum usurarum licebit exigere. *l. emtor. 65. ff. de rei vend. ubi emtor iurum à non domino emtum, domino restituere condemnatus, cum eodem fundum à non domino oppignoratam redemisset, usuras præteriti soluti cum fructibus ex prædij perceptis compensat, nec separatim fructus percipere, & usuras exigere potest, nisi quatenus usuræ fructuum vicem excedunt.*

Tertiò obiicitur *l. cum fundus. 31. ff. de reb. cred.* ubi dicitur, quod post litem contestatam omnis causa præstanda est actori, id est, omne id quod habens esset actor, si litis contestatæ tempore res debita soluta esset. Ergo lite contestata usuræ præstabuntur: quia causa significat omne commodum, quod ex re percipi potest. *l. præterea 20. ff. de rei vend. l. Iulianus 9. §. pen. t. ff. ad exhib. l. 1. §. hanc actionem. ff. de pos.* Responsum. Causa ibi non significat usuras, quæ non debentur in stricti iuris iudiciis à lite contestata. *l. r. C. de indeb. l. 4. C. de cond. ob turp. cau.* sed fructus aliasque accessiones naturales intrinsecas, quibus magis fauetur, quam usuris, cum ex re ipsa præstentur.

Quartò obijcitur *l. 1. & 2. C. de usur. legat.* ubi dicitur, heredem teneri usuras legatorum à tempore litis contestatæ: atqui legata bonæ fidei iudiciis adæquata sunt. *l. in minorum. C. In qu. cau. iur. rest.* in quibus post mortem debentur usuræ. Responsum. Quod dicitur, usuras legatorum deberi post mortem contestatam, intelligendum est, si mora non præcesserit litis contestationem, puta si heres iudicium inscipere paratus erat. Aliàs si per extrajudicialem interpellationem heres sit in mora constitutus, tunc etiam ante mortem

litem contestatam debentur usurae ex legatis. l. 3. §. ceterum. ff. de usur. Go-
uea. ad l. Diui 83. ff. ad l. Falcid. Hocm. lib. 1. de usur. cap. 4. vbi notat, interprete
ferè omnes vno consensu hunc locum ita explicare.

ASSERTIO LXXXIII.

*Sola praestitio usurarum longo tempore facta, non inducit
obligationem usurarum in futurum.*

DIUTURNA praestatio usurarum non constituit obligationem vel
actionem, quae non fuit ab initio. tex. sunt in l. creditor 7. C. de usur. l.
certis 28. C. de pact. l. operis 31. ff. de op. liber. l. ult. C. Ne vx. pro mar. Ratio est
quia tempus non est modus inducendae vel tollendae obligationis l. obli-
gationum 44. §. placet. ff. de obl. & act.

Obstat huic sententiae l. cum de in rem verso. 6. ff. de usur. vbi usurae praestitae
longo tempore, in posterum praestari debent ob id, quod longo tempore
praestitae sunt. Resp. quod non ex sola praestatione longo tempore facta,
tenetur ibi usurarius debitor in posterum soluere, sed quia ex iusta & legitimae
obligationis causa seu iusto titulo usuras praestitit. Itaque praeter longi
temporis praestationem accessit habilis & legitimus titulus, ex quo tamdiu
debentur usurae, quoad contrarium probetur. Longi ergo temporis usu-
rarum praestatio ex iusta causa obligationis facta, non constituit obligatio-
nem vel actionem, quae non fuit ab initio, sed obligationis & tituli praes-
umptionem inducit, donec probetur contrarium. d. l. cum de in rem verso.
& ibi plenè Bart. l. litibus. & ibi Cuiac. C. de agric. & cens. lib. xi. Molin. in tract. de
usur. qu. 20. num. 209. & seqq. Specu. in tit. de locato. §. nunt aliqua. qu. 63. vbi deci-
dit, quod si emphyteuta decem annis soluit de fundo suo domino directo
annuum canonem, & recuset ulterius soluere, quod dominus interim in
possessione sua tuendus est, donec ab emphyteuta contrarium probetur.
Pulchrè Costal. ad d. l. cum de in rem verso. Nicolaus Genoa in conciliatione legum con-
trariarum in dissolutione antinomiae, inter l. creditor. C. de usur. & l. cum de in rem verso.
C. eod. vbi notat hanc meam solutionem esse elegantem, eamque sequitur
& approbat.

Secundò obiicitur l. 1. C. de fideico. vbi dicitur, si legatum annuum ali-
mentorum praestitum sit continuo triennio, in futurum etiam perpetuo
praestari debet. Ergo praestatio certi temporis annorum obligationem
constituit. Resp. Diuturna praestatio annua perpetuat obligationem in
futurum, singulari favore alimentorum. Nam si quis alimenta, quae con-
stat

si se legata, sed dubitatur, perpetuone an ad tempus sint relicta, per
mum præstiterit, hoc satis est, vt perpetuo debeantur. *Castren. ad d.l. si*
ubi tradit communiter D D. hanc opinionem tenere.

Ratio obstat *l. 5. C. de vsur. & l. qui semisses 13. ff. eo.* vbi debitor qui per sti-
pulationem promiserat vsuras maiores, & per aliquot annos solvit mino-
res, liberatus sit in posterum à solvendis vsuris maioribus. Resp. Diuturna
præstatio minorum vsurarum prodest reo ad exceptionem seu liberatio-
nem, sed non prodest actori ad agendum. Ideoque non potest is qui mi-
noribus vsuras promisit, ex eo quod longo tempore præstitit maiores, con-
uentionem ad maiores vsuras, quia diuturna præstatio vsurarum non inducit
actionem seu actionem vsurarum in futurum. *l. creditor 102. §. ult. ff. de*
act. cum quidam 17. §. 1. ff. de vsur. Vide aliter totum hunc locum explica-
re, *pud Anto. Fabrum lib. 7. coniect. cap. 8. & 9. Corras. lib. 3. Miscel. c. 15. nu. 9. 10.*
Menoch. lib. 3. presump. cap. 131. Anto. del. Rio in miscellan. ad d.l. cum de in rem
Ferdinand. Vasquium lib. 2. illust. contro. cap. 83.

ASSERTIO LXXXIV.

Pœna conuentionalis duplum excedere non potest.

CURS fit modus pœnæ conuentionalis, quæ adijcitur stipulationi-
bus, & alijs contractibus, variant interpretes. Quidam enim hunc
modum duplum excedere non posse tradunt, iuxta *l. vnic. C. de sent.*
eo quod inter, &c. Alij vsque ad legitimum vsurarum modum exten-
dunt iuxta *l. Iulianus. §. ibidem Papinianus. ff. de act. emp. & l. cum allegas. C. de vsur.*
Quadruplum eum non excedere tradunt. iuxta *l. mulier. in fi. C. de sponsal.*
dictum. in prin. ff. de evict. Azo verò in d.l. vnica, in ea sententia est, quòd
conuentionalis, quantacunque ea sit, exigi possit: idq; per *l. stipulatio*
alteri. ff. de V.O. Quibus omnibus doctè & copiosè refutatis, modum
conuentionalis in casibus certis duplum, in casibus verò incertis,
verisimiliter stipulantis interest, excedere non debere, iuxta *d.l. vnic.*
Molinæ. in explica. labyrinthi de eo quod interest, in 9. quæst. princ. num. 195. cum
seqq. Quæ sententia iuri & æquitati consentanea est.

Si obijcitur *d. §. alteri.* vbi Vlpian. respondit, pœnam cum stipulamur,
non lud inspiciatur, quid intersit, sed quæ sit quantitas, conditiove stipu-
lationis. Resp. Hoc non eò pertinet, ut quoad executionem inspiciamus,
quod ex ea stipulatione debeat, quod Azo putavit, sed quoad vali-
ditatem & efficaciam stipulationis inspiciatur, quæ sit quantitas, quemad-
modum & quæ sit conditio pœnalis stipulationis, vt si impossibilis vel
G g turpis

turpis sit conditio, non valeat stipulatio; vt pariter si immoderata si quantitas, non valeat stipulatio. Dissentit Fachin. lib. 1. contro. c. 50. qui tradit pœnam conventionalem duplum excedere posse, nisi sit in fraudem vsuræ promissa. iuxta l. Iulianus. §. ibidem Papinianus. ff. de act. emp. Cui suffragatur Donel. in tracta. De eo quod interest. cap. vlt.

ASSERTIO LXXXV.

Improbis fœneratores extra ordinem criminaliter puniri potest.

QUOD criminaliter extra ordinem iudicis arbitrio puniri possint improbi fœneratores, notant DD. ad l. improbum. C. Ex qu. cau. irr. in fa. Clar. lib. 5. sent. §. vsura. vers. & si ex hoc. num. 5. Meno. de arb. iud. lib. 2. cent. 4. casu 398. Molin. in tract. de vsur. num. 156. vbi testatur, hanc sententiam in Parisiensi parlamento seruari. Idem refert Papon. 2. Arrest. 7. nu. 24.

Probatur hæc decisio duabus firmissimis rationibus: Prima est, quia improbi fœneratores dolosè agunt, cum ultra præscriptum à Legibus modum scienter vsuras exigunt, atque ideò in stellionatus crimen incidunt. l. 3. ff. Stellio. vbi I C. docet, stellionatus crimen obijci illis qui dolo quid faciunt, si in nullum certum crimen incidat deceptio: est autem crimen stellionatus arbitrarium. l. 2. 3. ff. Stellio. Quare & iudex pro arbitrio de pœna huius delicti statuere potest. Altera ratio est, quod pro quolibet delicto priuato, ratione interesse publici proceditur ad pœnam extraordinariam. l. vlt. ff. de extraor. crim. l. locatio 9. §. quod illicitè. ff. de publica. & vect. ne delicta maneant impunita. d. §. quod illicitè. vbi dicitur quod qui exigunt aliquid illicitum, extra ordinem puniuntur.

Obijcitur, quod nusquam iure reperitur expressum, arbitrio iudicis criminaliter puniri debere improbos fœneratores. Resp. Licet pœna ordinaria non sit statuenda in aliquem, nisi id iure sit expressum, l. ut quis 14. §. Diuus. ff. de relig. §. cum igitur. No. de non elig. sec. nub. Meno. de arb. iud. lib. 2. cent. 3. casu 226. non tamen iudex prohibetur ideò ob causas prædictas extra ordinem criminaliter improbum fœneratorem punire.

Secundò in contrarium disputatur, quod debitor sciens & volens maiores vsuras præstat: atqui scienti & volenti nulla fit iniuria & dolus. l. cum donationis. C. de transf. l. nemo videtur 145. de R. I. ideoque de iniuria conqueri non potest, & proinde fœnerator non est extra ordinem puniendus, cum absit dolus aut delictum. Resp. Præterquam quod debitor non volens, sed potius

scilicet otius nec sitate coactus, ut scilicet consequatur pecuniam, qua ne-
cessario indiget, maiores vsuras promittit ac præstat: facit hoc etiam ad
penam hanc irrogandam, quòd dolus inest huic facto, quòd creditor
contra præscriptum legum, maiores atque illicitas vsuras exigit, unde &
etiam stellionatus committit, & consequenter ratione publici præiudicii
per extraordinariam vsurarius punire potest. Huc accedit, quòd fœnerator
contemnit leges latas pro utilitate publica, qui contemptus legum & prin-
cipum mandatorum, extra ordinem iudicis arbitrio puniri potest. *Meno.*
cent. 4. casu 365.

Denique aduersatur, quod dolus criminaliter puniri non potest, quan-
tum purgari potest actione ex contractu, in quo dolus interuenit. *l. & ele-*
gant. in princ. ff. de dolo. Atqui vsuræ supra licitum modum datæ condi-
tione indebiti repeti possunt. *l. si non sortem 26. in princ. ff. de cond. inde. l. inde-*
bita 8. C. de vsur. Resp. Hoc non impedit pœnam extraordinariam, cum
etiam *d. l. & eleganter*, nihil caueat de pœna extraordinaria, quæ ratione
publici interesse infligitur, tum etiam quod regula illa tantum obtineat,
quando dolus consistit in finibus contractus, nec materia apta sit ad cri-
men producendum. At fœnus improbum non exercetur tantum in frau-
de eius qui soluit vsuras, sed etiam in fraudem legis prohibentis illicitas
vsuras exerceri. Ergo cum materia idonea sit ad producendum crimen,
consequens etiam est, pœna extraordinaria crimen improbi fœnoris ven-
dicandum. *Meno. de arb. ind. lib. 2. cent. 4. casu 398. Borcholt. in tracta. de Vsur. c. 5.*
art. 10. 11. & 12. usque ad finem.

ASSERTIO LXXXVI.

*In stricti iuris actionibus fructus non veniunt nisi
à tempore litis contestatæ.*

ROBATUR hæc decisio in *l. videamus 39. §. si actionem. ff. de vsur. l. si fi-*
liusfam. 78. §. ult. de V. O. ubi traditur, quod fructus in stipulatione, alijs-
que stricti iuris contractibus aëtori non debentur, nisi post litem
contestatam.

Opponitur *l. in conuentionalibus 52. §. ult. de V. O.* ubi dicitur, quod quan-
vis fundi vacuum possessionem tradi stipulatus est, quod ista stipula-
tio contineat causam bonorum, ergo & fructus veniunt. Si enim hoc
est in ista stipulatione, ut res tradita sit in bonis stipulatoris, hoc est,
ut in eius dominio, vel bona fide ab eo possideatur, *l. bonorum 49. de*
usufructu. sequitur ut etiam fructus eius efficiantur. Nam cuius in dominio

G g 2

res est,

res est, siue à quo bona fide possidetur, fructus eius fiunt. *l. qui scit 23. in princ. & §. 1. ff. de Vfur.* Resp. Fructus non veniunt nisi à tempore litis contestatae in stricti iuris actionibus. Quod verò dicitur, quòd ista stipulatione efficiatur, vt res perueniat in bona stipulatoris, hoc ita intelligendum est, vt promissor ad tradendum obligatus, teneatur efficere, vt res perueniat in bona stipulatoris, statim à tempore traditionis; vtque non aliter satisfaciat promissioni, quàm si efficiat, vt vacuum liberamque possessionem rei traditae in stipulatorem transferat: qua traditione facta consequitur & fructus tanquam commoda possessionis, à tempore traditionis scilicet.

Secundò obijcitur *l. si stipulatus 4. ff. de vfur.* vbi dicitur, si quis stipulatus sit rem dari, vacuumque possessionem tradi, quòd fructus postea capi petuntur actione ex stipulatu. Cùm qua lege è diametro pugnat *l. 3. §. 1. ff. de act. emp.* in qua fructus in actione ex stipulatu, cùm quis vacuum possessionem tradi stipulatus est, Pomponius venire negat. *Acc. Bart. & communiter DD.* hanc antinomiam ita conciliant, quòd in stipulatione rem dari, vel vacuum possessionem tradi, separatim facta non veniunt fructus, sed in duabus his stipulationibus simul iunctis, rem dari, vacuumque possessionem tradi, fructuum ratio habetur. Adiectio enim hanc vim habet, vt coniuncta faciant, quorum neutrum per se faceret, cùm adiectio aliquid debeat operari. *Acc. & Bart. in d. l. 4.* Verbo enim dari, satis apertè significatur rem ipsam eiusque dominium transferri. Ergo ne hæc verba, vacuumque possessionem tradi, otiosè videantur adiecta, coniunctio ista operatur, vt hoc actum videatur inter stipulantes, vt non solùm res ipsa detur, sed etiam fructus præstentur, seu vt præsens rei traditio fiat, quæ secum adfert fructuum perceptionem. *Donel. ad d. l. in conuentionalibus. §. vlt. num. pen. & vlt. ff. de V. O.*

Tertiò opponitur, quòd in *l. fructus. ff. de rei vend.* dicitur, quòd fructus pendentes sint pars fundi. Ergo ij saltem fructus debentur ex stipulatione, qui tempore stipulationis fundo cohærent, cùm qui totum stipulatur, etiam partes eius censetur stipulari, quia in toto & pars continetur. Resp. Quòd fructus dicuntur pars fundi, hoc verum est in realibus actionibus, non in personalibus, quia in realibus omne id peti potest, quod ex re propria actoris prouenit & superest, ideoque & fructus peti possunt ex fundo actoris percepti. *Bart. ad d. l. si filiusfam. §. vlt.*

ASSE R-

ASSERTIO LXXXVII.

*Malæ fidei possessores non tantum de fructibus perceptis,
sed etiam percipiendis tenentur.*

GENERALITER malæ fidei possessor tenetur de omnibus fructibus, non solum quos percepit, sed etiam quos percipere potuit. *l. si navis 62. §. ult. ff. de R. V.* Sic is qui metum intulit, tenetur actione d. metus causa, non solum perceptorum, sed etiam fructuum percipiendorum nomine, *l. sed & partus 12. ff. Quod met. caus.* Obijcitur *l. si fundum. C. de rei vend.* ubi dicitur, malæ fidei possessorem de fructibus perceptis teneri. Resp. Quod ibi dicit Imp. malæ fidei emptorem tate fructus perceptos, hoc ex alijs legibus supplendum est, ut etiam fructibus quos percipere potuisset, & debuisset, teneatur, ut *ind. §. ult. & Prator 10. §. per hanc. ff. Quæ in frau. cred.* & alijs, etiamsi malæ fidei possessorum habeat. *l. domum. C. de rei vend.* Non affirmat d. l. si fundum, eum tamen tantum de fructibus perceptis. Malæ ergo fidei possessor de omnibus fructibus restituendis tenetur. Ita rectè contra Accurs. defendit Cuiac. *ind.* quem sequitur Donel. *lib. 20. Comment. c. 5.*

ASSERTIO LXXXVIII.

*Bonæ fidei possessor, qui postea cognovit rem esse alienam,
cum effectu fructus suos non facit.*

MAGNA & vehemens est antinomia inter *l. qui scit 25. §. ult. ff. de usur.* ubi Julianus ait, possessorem qui ab initio fuit bonæ fidei, & postea cognovit fundum esse alienum, fructus suos facere, & *l. bonæ §. in contrarium. ff. de acq. re. do.* ubi Paulus ait, possessorem qui ab initio in bona fide, & postea cognovit rem esse alienam, fructus suos non facere. Hæc iuris loca ad eod. inter se pugnare notat Baro ad *§. si quis à non do. Inst. de rer. div.* ut sine manifesta calumnia conciliari non possint. Accur. tres solutiones adfert pro conciliatione harum pugnantium legum. Primum respondet, quod *§. ult. in d. l. qui scit*, procedat de æquitate, sed contrarium responsum de rigore iuris. Quæ solutio non probanda, quia nullitas militat pro eo, qui ex alieno cupit fructus acquirere: imò contra naturalem æquitatem pugnat, ut quis locupleretur cum alterius iactura.

l. nam hoc natura 14. ff. de cond. inde. Secunda solutio Accur. est, quod quæstio quæ in contrario responso scilicet in *d. l. bonæ fidei. §. in contrarium* mouetur deciditur in *d. l. qui scit. §. ult.* Quæ etiam conciliatio nullius momenti est quia in *§. in contrarium*, non tantum hæc quæstio proponitur, sed etiam denitur & deciditur. Disertis enim verbis in eo I C. distinguit usufructum à fructuum perceptione & acquisitione, quod usufructum non impedit mala fides superueniens, fructuum verò acquisitionem impedit. Tertia est solutio *Gl. quod §. ult. d. l. qui scit*, ita accipiendus sit, quod possessor qui ab initio habuit bonam fidem, & postea cognouit rem esse alienam, maneat quidem in possessione percipiendi fructus, donec res legitimo iudicio fuerit euicta & ablata. Verum contrarium responsum in *d. bonæ fidei*, referendum sit, ad restitutionem seu effectum acquisitionis fructuum, ut scilicet non ita fiant fructus possessoris, ex quo cognouit fructum esse alienum, ut restituere non teneatur, si postea euincatur res ipsa. Quæ solutio tanquam verissima amplectenda est, & iusta ratione constat. Nam ad plenam & solidam acquisitionem fructuum requiritur, ut possessor sit in bona fide, toto eo tempore, quo fructus acquirere contendit. Cum enim ex facto, id est, possessione bonæ fidei, fructuum perceptio dependeat. *§. si quis à non domino. Inst. de rer. diui.* certè si ea bona fides non perseveret, non etiam fructuum acquisitio durare debet. Summa ergo hæc est, quod bonæ fidei possessor, quamdiu est in bona fide, pleno iure fructus sibi acquirit, postquam verò cognovit fundum esse alienum, interim quidem eos acquirit, id est, tantisper donec res euincatur. Ita accipiendus est. *d. l. qui scit. §. ult. ff. de vsur.* Verum si exitum euentumque iudicij respicias cum effectu ei non acquiruntur. Nam re euicta, fructus ab eo tempore quo cognouit rem esse alienam, & fuit in mala fide, restituere tenetur. Ita tradit Cuiac. ad *d. §. si quis à non domino.* & ad *l. quæsitum 40. ff. de adq. rer. do. in tract. ad Afric. Fachin. lib. 1. contro. c. 59.* Aliter decidit Donel. lib. 4. com. iur. c. 24. & Iul. Pacius aliter cent. 5. εναντιοφανων. quæst. 44. quem sequitur & approbat Nicolaus Genoa in conciliationibus Legum pugnantium in conciliat. inter *l. bonæ fidei. §. in contrarium. ff. de acqu. rer. dom.* & *l. qui scit. §. ult. ff. de vsur.* Vide etiam pro conciliatione huius antinomix Duare. lib. 2. disput. annivers. cap. xi.

A S S E R.

ASSERTIO LXXXIX.

Bonæ fidei possessor, etiam extantes fructus industriales restituere tenetur, contra DONELLVM.

ONÆ fidei possessor fructus ex aliena re perceptos, tam industriales quàm naturales lucratur, si modò consumti sint. *l. bonæ fidei 48. de acq. rer. do. §. si quis à non domino. Inst. de rer. diu.* Consumtio confirmat initium fructuum, ita vt iam eorum nomine conueniri non possit. Extantes tamen fructus etiam industriales officio iudicis restituere tenetur. *l. 1. C. de rei vend.* Hæc est vera & certa sententia communiter à DD. recepta: à qua tamen nouè discessit *Donel. lib. 4. com. iur. c. 26.* vbi tradidit bonæ fidei possessorem fructus industriales extantes pleno iure suos facere, neque eum ad restitutionem eorum teneri. Sed communis opinio tanquam iuri consentanea, retinenda est, reiecta sententia Donelli, ut s argumentis & rationibus ordine respondebo.

Primo obijcitur hoc argumentum. Bonæ fidei possessor idem ius habet in percipiendis fructibus, quod dominus. *l. qui scit 25. §. porro. ff. de vsur.* Si prædiorum dominus fructus statim suos facit absque consumtione. Ergo & bonæ fidei possessor. Resp. In eo comparatur bonæ fidei possessor domino, quòd exemplo domini acquirat fructus iure soli, etiam in solio satos. Ita demum tamen eos pleno iure lucratur, si consumserit. *l. post litem. ff. Fin. reg.*

I. Obiectio. Maritus ex re donata ab vxore fructus industriales statim suos facit, vt restituere eos non cogatur. *l. fructus 45. ff. de vsur.* Item plus datum est bonæ fidei possessori quàm vsufructuario in percipiendis fructibus. *d. l. qui scit.* Sed fructuarius perceptione suos fructus pleno iure facit. Ergo, &c. Resp. In percipiendis fructibus bonæ fidei possessor & fructuarius eatenus comparantur, quòd vterque iure soli fructus suos facit, quocunq̃ue sati sint, sed bonæ fidei possessor consumtione demum perfecte lucratur. *d. l. 4. §. post litem.*

Terriò obijcitur *l. in pecudum 28. ff. de vsur.* vbi dicitur, agnos hædos & alios statim pleno iure fieri bonæ fidei possessoris. Resp. Fructus statim bonæ fidei possessoris, vt scilicet vsucapione non indigeant. *l. 4. §. ff. de vsuca.* sed tamen extantes tenetur restituere. Nam vt ait *d. l. bonæ fidei de acq. rer. do.* possessor bonæ fidei fructus percipiendo suos interim facit, id est, quamdiu adhuc extant, non plenè eos lucratur, sed accedente consumtione, perfecte eos lucratur.

Quartum

Quartum argumentum Donel. Nullo iure, nullaque actione fructu extantes industriales à bonæ fidei possessore peti possunt. Ergo eos lucratur. Primò non rei vindicatione, quia sunt bonæ fidei possessoris, non conditione sine causa, quia eos suos facit pro cultura & cura, denique nec officio iudicis, quo ea præstantur, quæ post litem contestatam circum petitam eueniunt. *l. adiles 25. §. item sciendum. ff. de ad edi.* Resp. Et conditione sine causa, & officio iudicis fit restitutio fructuum extantium. Nam incidente mala fide, & re euicta, causa adquirendorum fructuum non causam reddit. Atqui id quod alterius apud alterum sine causa est, condici potest. *l. 1. in fi. ff. de cond. sine cau.* Deinde etiam officio iudicis hi fructus restituuntur. Nam & officium iudicis ad fructus perceptos ante litem contestatam pertinet, si modò extent. *l. si fundus 16. §. in vindicatione, in fin. ff. de pigno.*

ASSERTIO XC.

Fructus & usura legatorum à tempore moræ debentur.

QUOD heres non à litis contestatione tantum, sed à tempore moræ debeat legatorum & fideicommissorum usuras & fructus, apertè traditur in *l. 3. in princ. ff. de usur.*

Verum repugnat *l. 1. & 2. C. de usur. & fruc. lega.* ubi dicitur fructus & usuras legatorum ex eo die deberi, quo lis contestata est. Idem traditur in *l. quæsitum 91. §. ult. de leg. 1.* Resp. ex sententia *Accur. & Bart.* hæc ita accipienda esse, si ante litis contestationem mora nulla præcesserit. Nam si mora commissæ sit in legato & fideicommisso præstando ante litem contestatam, tunc heres etiam ad fructus & usuras legatorum tenetur à tempore moræ. *l. equis 8. & l. equis 39. ff. de usur. l. si quis bonorum 23. de leg. 1. l. si quis seruus 84. de leg. 2. tex. ad literam in l. is qui fideicommissum 26. de leg. 3.*

Secundò adfertur in contrarium hoc argumentum. Fructus speciei legatæ ad eum pertinent, qui ipsius rei dominus est. *l. si tibi homo 86. §. cum seruus. de leg. 1. l. Herennius 42. ff. de usur.* Sed legatarius à die aditæ hæreditatis consequitur rei legatæ dominium. *l. à Titio 64. ff. de furt. d. l. si tibi 86. §. cum seruus.* Ergo & fructus legati ad eum pertinent à die aditæ hæreditatis, etiam ante moram hæredis. In hoc salebroso articulo ita dicendum videtur, quòd omnes fructus ante aditam hæreditatem lucro heredis cedant. *l. quod seruus 38. de leg. 2. l. nihil 120. §. ult. de leg. 1.* Adita hereditate heres fructus legatorum non facit suos, qui scit rem legatam esse, quia est in mala fide, & in mora restituendi legatum. *l. quæsitum 40. ff. de acq. rer. do. d. l. Herennius.* Quod si ignoret,

regret, debebuntur fructus à die moræ, si morà contracta sit. *d.l. si quis*
de leg. 2. d. l. equis. de vsur. Sin minus, à tempore litis contestatæ. *l. 1. & ult.*
de vsur. & fruct. leg. Ita decidit *Costal. ad l. 3. ff. de vsur.* & eum ferè secutus
Quint. lib. 3. sent. Pauli. c. 6. Vide aliter de hac quæstione subtiliter differen-
 tem *Into. Fabrum. lib. 7. coniect. c. 3. & 4. & in error. pragmat. decade x 1. errore*
23.

ASSERTIO XCI.

Fratris testimonium iure civili non est admittendum.

AN frater in causa fratris testis esse possit, quæritur? Et vulgò traditur
 à DD. quòd frater pro fratre in testem admitti possit, idque ex hac
 ratione, quòd nulla lege prohibitus videatur. Quibus autem lege
 interdicitur testimonium, ij omnes sunt idonei testes, *l. 1. ff. de testib.*
 Ad hæc sententia communis meritò reprobatur, ex hoc fundamento,
 quòd domesticum testimonium in iure nullam meretur fidem. *l. pen. ff. de*
testib. l. C. eo. Domesticus autem testis dicitur, non solùm qui habitat cum
 testante, & cui ipse imperare potest, sed & qui de ejus familia est, qui-
 que i propinqua agnatione & consanguinitate iunctus est. *§. in testibus, &*
in Top. Inst. de test. ord. l. item 6. ff. Quod cui. vni. no. l. vnic. C. de emend. propin. l. respi-
ciam x 1. § furta. ff. de pæn. Duar. lib. 1. disp. c. 28. Quibus legibus fratres diser-
 ti eruntur inter domesticas personas, vnde & eorum testimonium me-
 ritò eiicitur. Altera prohibitionis ratio est, nimia affectio propensio & be-
 nevolentia, qua domestici suos agnatos & propinquos prosequuntur. Cùm
 iudex iis testibus fidem adhibere debeat, quia tam sanctè & incor-
 ruptè testantur, vt gratiæ vel favori non cedant: sequitur, quòd propter
 eorum benevolentiam & necessitudinem, qua facilè à vero abduci pos-
 sunt, fratres sibi invicem non sint legitimi testes. *l. eos 4. C. de testib.* Hæc et-
 mententia euidenter iure Canonico comprobatur. *in c. accusatores 12. 3.*
ubi rescribitur, ne consanguinei accusatoris adversus extraneos testi-
monium dicant, addita hac ratione, quia propinquitatis affectio verita-
tem impedire solet.

Huiusmodi ergo in hoc casu tenenda est distinctio, quòd aut fratres sunt
 in testis potestate, & tunc nec pro se, nec contra se possunt testificari, po-
 test enim facit, vt sit domesticum testimonium. *d. §. in testibus.* Aut sunt
 emancipati, & tunc in testamento alter alteri testis esse potest, in iudicia-
 li vero testimoniis, alter pro altero, vel contra alterum non admittitur.

H h

l. 4. &

*l. 4. & ibi Acc. ff. de testib. l. qui testamento. §. per contrarium. ff. de testam. Ita Vigl. & VVesem. contra communem DD. sententiam in d. §. in testibus, rectè decidunt. Ad stipulatur Petrus Grangianus in paradoxis iuris civilis. cap. 45. Ratio diversitatis est, quia in testamentariis causis non militat ea affectio, quæ in aliis negotiis. In testimoniis enim, quæ in testamentis adhibentur nihil acquiritur defuncto, nec de testatoris commodo agitur, sed hoc præcipuè spectatur, ut ultima voluntas defuncti exitum sortiatur. Aliàs certè si de eius commodo ageretur, pro quo testes producuntur, fratres sibi inuicem testimonium præbere non possent. *l. 2. & §. C. de testib.* Illud benè notandum quod vno singulari casu, admittantur fratres sicut & aliæ domesticæ personæ puta servi & ancillæ in testes, scilicet in probando crimine adulterii vel maiestatis, quando alii testes non possunt haberi. *tex. est in l. consensu. §. super plagis. C. de repud.* vbi additur elegans ratio, quoniam quæ domi geruntur, non facillè per alios sciri & cognosci possunt.*

Obijcitur *l. 4. ff. de testib.* vbi frater prohibetur, ne inuitus dicat testimonium contra fratrem. Ergo à contrario sensu, pro fratre admittendus videtur, si velit. Resp. Neque contra fratrem, neque pro fratre testis esse potest. Ratio est, quia testis pro vtraque parte veritatem dicere debet. Ergo neque pro fratre dicere poterit testimonium, quia præsumitur plus affectioni & amicitie fraternæ, quàm veritati tributurus. Dissentiunt Io. Robertus *lib. 4. senten. c. 2. Menoch. de præsump. lib. 2. præsump. 53. vbi tradit fratris testimonium repellendum esse, in causa criminali: ex quo iniuria vni fratrum illata, censetur & alteri esse illata l. lex Cornelia. §. ff. de iniur.* In causa verò civili, 'maximè levi testimonium fratris recipiendum adstruit. Item statuit Menoch. in arbitr. Iud. quæst. centur. 2. casu 204.

ASSERTIO XCII.

Per rerum naturam factum negantis nulla est probatio.

REGLA hæc confirmatur multis legibus: primò per *l. 2. ff. de proba. l. actor. 23. C. co. l. asseueratio. C. de non num. pec.* vbi dicitur, quod per rerum naturam factum negantis nulla est probatio. Rationes huius regulæ duæ potissimum adferuntur. Prima est, quod non entis nulla sunt genera & propria, nulla accidentia, nullæ differentie aut qualitates, nullæque principia & causæ existunt: à quibus sicuti definitiones, ita etiam probationes sumendæ sunt: quia probatio nihil aliud est; quàm vera facti aliquius

eius definitio atque demonstratio. Secunda ratio est, quòd ea quæ non
in rerum natura, non possunt sciri, nec cadunt in sensum corporeum
sensu, atque ita probari non possunt per testes: cùm testes non debeant
deponere nisi de his, quæ percipiuntur sensu corporis. *l. testium. C. de testib. l.*
testamento §. vlt. ff. de test.

Porro quia hic tractatus de probatione negativæ est diffusus & contro-
versus, ideò ut facilius eius sit cognitio, adhibenda est distinctio negati-
væ. Negativa positio est triplicis generis, facti, juris, & qualitatis, ut
est *Accur. in l. 2. ff. de proba.* Negativa meri & simplicis facti non est proba-
bilis, puta si quis dicat. Titium non soluisse, non contraxisse, non nume-
ratisse. Negativa verò facti determinati, loco, tempore, vel simili circum-
stantia, probari potest & debet: ut si dicam pecuniam certo die & loco nu-
meratam esse, probabitur huius negativa, si doceam me eo die in eo loco
fuisse, quo pecunia numerata dicitur. *l. optimam. C. de con. stip. Lanfran.*
noniam. num. 3. de proba. Negativa qualitatis est, si negetur in re vel per-
sona aliqua qualitas requisita, puta si negetur aliquis soluendo esse, vel
conveniundo. Negativa autem hæc probari debet ab eo, qui intentio-
nem suam in ea fundat, aliàs succumbit. *l. in illa. §. l. hoc iure 10. l. ita stipulatus*
et pers. quòd si ab initio. ff. de V. O. Sic in *l. cum de lege 17. ff. de proba.* heres qui alle-
gat hereditatem non satis esse locupletem ad integra legata soluenda, &
propterea vult de legatis detrahere Falcidiam, probare tenetur non tan-
tum esse in bonis defuncti; quod facilè probari potest, si doceat ex libris
patrum, defunctum non amplius habuisse in bonis. Sic qui negat de-
functum fuisse sanæ mentis, & ita testamentum facere non potuisse, id
probare cogitur. *l. nec codicillos. C. de codic.* quod facile euincet, si demonstret
se ridicula, & indigna sanæ mentis hominibus locutum, vestes consci-
disse, lapides proiecisse, & cæt. Denique est negativa iuris, quæ etiam pro-
babilis est, ab eo qui se in ea fundat, ut si quis neget legitimè & secundum
formam iuris aliquid esse factum. Exemplum est in *l. 5. ff. de proba.* ubi qui
negat emancipationem esse ritè factam, id probare cogitur. Ideò autem
negativa iuris probari debet, quia omnia præsumuntur legitimè & secun-
dum iuris dispositionem esse acta, nisi contrarium probetur. Sic stipulatio
iuratur rechte & sollenniter contracta, si in epistola vel instrumento
scriptum sit aliquem promisisse. *§. si scriptum. Inst. de mut. stip. l. 1. C. de con. stip.*
Sic si scripserit quis se fideiussisse, præsumitur efficaciter per stipulatio-
nem concepta fideiussio. *§. vlt. Inst. de fideius.* Ideoque ei qui negat so-
lennitatem iuris in aliquo actu fuisse adhibitam, ei incumbit probatio.

Obstat huic assertioni. *l. generaliter. C. de non num. pec.* ubi dicitur, si agatur
ex iudicio debito, qui scripsit se debere ex causa emtionis, vel mu-

H h 2

tui,

tui, & reus neget se emisſe, vel mutuū accepſiſſe, niſi hoē probauer
reus, rem ſcilicet ita peractam non fuiſſe, quod condemnari debeat.
Reſp. Quando nullum emiſſum eſt chirographum, & petitur pecuni
credita, reus verò negat numeratam eſſe, niſi actor probet numerationem
probatio à Reo non exigitur. At in caſu *d.l. generaliter*, Scriptura ſeu chiro
graphum debitoris interuenit, quo debitor promiſit ſe ex certa & legiti
ma cauſa pecunias vel alias res debere, ideoque exigitur probatio à Rec
quia indignum eſt quem ſuam confeſſionem velle retractare, & à propri
teſtimonio recedere.

Sic etiam cū in inſtrumento publico deſcriptum eſſet Titium, fundum
ſuum alteri donaſſe, & Titius hoc negaret, tenetur negatiuam hanc pro
bare, quia præſumptio eſt pro inſtrumento, donec probetur contrarium.
cum precibus 18. C. de proba. Quoties enim lex quid præſumit, tunc neganti
id quod præſumitur, incumbit probatio, quia præſumptio iuris transfer
onus probandi in aduerſarium. *l. ſiue poſſidetis. C. de proba.*

Secundò videtur obſtare *l. non epistolis & l. non nudis. C. de proba.* vbi qui
negat aliquem eſſe filium, tenetur id probare. Reſp. Tunc probatio à
eo requiritur, qui negat aliquem eſſe filium, ſi is filius antea communi o
pinione habitus & reputatus fuit pro filio, puta ſi in epistoils vel ſcriptu
ris alijs priuatis nominatus eſt filius à patre, vel ſi fuit in quaſi poſſeſſione
filiationis. Aliàs ipſi filio affirmanti ſe filium eſſe, incumbit probatio. *l. qui
dam 15. ff. de proba.*

Tertiò opponitur *l. nec codicillos. C. de codicil.* vbi qui negat aliquem fuiſſe
ſanæ mentis, & ideo non potuiſſe teſtamentum facere, cogitur id probare.
Reſp. Quando præſumptio iuris ſtat pro eo qui quid aſſerit, tunc reo ne
ganti incumbit onus probandi contrarium. Præſumitur autem ſecun
dum naturam, quod quilibet homo ſit ſanæ mentis, ergo neganti incum
bit probatio, quia præſumptio iuris transfert onus probandi in aduer
ſarium. *l. ſiue poſſidetis. C. de proba. l. cū de indebito. ff. eo.* Vel dic, omnes nega
tiones, quæ effectum affirmationis habent, probari debent. Sic ſi nege
teſtatores ſanæ mentis fuiſſe, dico furioſum fuiſſe, ideoque id probare
debeo. Verum meræ negationes probari non poſſunt, ut ſi accuſatus car
dis, dicat ſe non feciſſe.

Quartò negatiuam probari poſſe, conuincitur ex *l. ult. C. de re. cred.* vbi
cū legatarius iuraſſet ſibi legatum deberi, poſtea ex ſuperueniente te
ſtamento probatur contrarium, legatum ſcilicet non fuiſſe relictum. Si
militer adfertur. *l. 2. C. de erro. aduo.* vbi probatur, ſententiam condem
natoriam non fuiſſe contra aliquem latam. Reſp. Ibi non fuit negatiua
ſimplex propoſita, ſed coarctata loco & tempore, quæ probanda eſt. ut
pote

quod dicat reus, iudicem à quo ista sententia prolata dicitur, tunc temporis cum sententia pronuntiata esse dicitur, fuisse mortuum vel ab-
ferem, secundum *l. optimam. C. de con. stip.* Sic etiam ex testamento prola-
to probatur in tali testamento, eo anno & die à tali testatore condito,
esse legatario relictum: quæ non est negatiua simplex, sed coarctata
lari, tempore, & persona.

Quintò & ultimò obstat *l. si duo 13. §. ult. ff. de iureiur.* Ubi præstito
iuramento probat quis se dare non oportere, vel non debere. Resp.
iurandum non est legitima probationis species, nam magis releuat
iuramentum ab onere probandi, quàm verè probat. *l. eum qui 38. in princ. ff. de
iur.*

ASSERTIO XCIII.

*Ob semiplenam probationem, puta unum testem, deferri
non potest à iudice iusiurandum, contra commu-
nem DD. sententiam.*

ROBATUR hæc sententia hoc modo. Paria sunt non probare, seu
nihil probare, & imperfectè seu viciòse probare, *arg. l. quoties, ff. Qui
satis. cog.* Quia cum lex exigit probationem, hoc de iusta & legitima
probatione accipitur, quæ fit per duos testes, & instrumenta indubitata.
l. 1. prin. l. ubi numerus. ff. de testib. l. ult. C. de proba. Sicut ergo actore nihil
omniò probante reus absolui debet. *l. qui accusare. C. de eden.* sic etiam se-
miplene & imperfectè probante, absoluendus est Reus, & iuramenti de-
lationi non est locus. Præterea imperfectum & inutile in iure pro eodem
accipiuntur. Sic imperfectum testamentum dicitur, quod iure non valet.
l. consultissima. §. ex imperfecto. C. de testa. l. si is qui 25. ff. eo. Hinc sequitur pro-
pter unum testem iusiurandum actori deferre non debere, quia vnus te-
stimonium pro nulla & inani probatione habetur, & vnus testis respon-
sus lex audiri omniò vetat, cum vox vnus, sit vox nullius. *l. iusiurandi.
C. de test.* Similiter non haberi quæstionem ob unum testem, ne de seruis
quidem alienis, probationis habendæ gratia, probat. *l. maritus 20. ff. de quæst.*
Confirmatur & hæc decisio hac æquissima ratione, quia iniquum est,
quæquam in re sua testem aut iudicem fieri, inuitis aduersarijs, de quo-
rum præiudicio agitur. *l. 3. ff. de iureiur. l. nullus. ff. de testib. l. Iulianus. ff. de iudic.*
Quod fieret hoc casu, si actor qui leuissimum pro intentione suæ assertio-

nis momentum attulisset, statim posset iureiurando causam suam probare & victoriam obtinere.

Vulgò interpretes pro communi opinione confirmanda adferunt *l. Theopompus. ff. de dot. præleg.* ex qua colligunt, unus testis testimonio fidei adhiberi, sed malè à DD. hanc legem acceptam eruditè docuit *Alcia. lib. Parer. c. 19.* Ibi enim testator commiserat amico cuidam, ut filia suæ, cùm in matrimonium collocaretur, dotem ex arbitrio suo constitueret, quo fecit. Ibi eius opinioni & decisioni statuit, quia non tanquam testis, sed potius velut arbiter fuit electus à testatore, & ideo creditur huic soli, quò testator voluit, ut eius arbitrio & censuræ staretur.

Secundò obijcitur, quod dicitur in *l. 3. C. de reb. cred. & l. admonendi ff. de iur. vbi* traditur deferri posse à iudice iusiurandum propter inopiam probationum. Resp. Hoc de tali inopia est accipiendum, quando actor suam intentionem probavit, deinde reus suam quoque intentionem è contrisufficienter probat: & ita propter utriusque concurrentem probationem causa iudici dubia redditur. Ita *Donel. tradit ad tit. de iureiur. c. xi. & Duare. lib. disp. c. 33.* qui eius doctrinæ primus fuit author & assertor. Quos sequitur & approbat *Antonius Faber in error. pragmat. decade 19. erro. 2.* Idque probant hoc potissimum argumento. Quando actor probat suam intentionem, & Reus è diverso suam negationem, iudex sine iuramenti delatione non potest litem decidere. Cùm enim ab utraque parte probata est cuiusque assertio iudex non habet, quòd in definienda lite sequatur, & dubius est, in quam partem magis propendat. Neque enim poterit reum condemnare, qui ipse probationem actoris contraria probatione infregit & destruxit: ne quoque reum absolvere poterit, quando actor suam intentionem plenè probavit. Restat igitur ut iureiurando, quod litium omnium finis est & securis, dubium negotium decidat.

Tertiò aduersatur huic conclusioni. *l. vlt. C. de fideico.* vbi cùm legatarius peteret legatum, quod sine Scriptura & absque præsentia testium ad hoc specialiter rogatorum erat relictum, & heres illud soluere recusaret, qui legatarius non poterat docere de legato, deferretur à iudice iusiurandum heredi, quo delato ipse vel iurare cogitur nihil omninò legatario fuisse relictum, vel si iurare recuset, soluere legatum cogitur. Resp. Gl. communiter approbata in *d. l. vlt. eam l.* ita intelligit, ut procedat, quando heres conuentus à legatario ex minus solenni testamento, negat ab initio vllum legatum fuisse relictum, & demum delato sibi iuramento, opposuit legatum quidem fuisse relictum, sed in voluntate minus solenni: hoc enim casu soluere cogitur heres legatum verè relictum, quantumvis in testamento minus solenni. Idque in pœnam & odium mendacij est statutum, quia he-
res

ab initio fraudulenter negavit legatum vlllo modo relictum: vnde non
 illi tunc recurrere ad illam subtilitatem, quòd ex minus solenni te-
 stamento legata non debeantur: *arg. Auth. contra qui propriam. C. de non num. pec.*
 Quòd si ab initio heres confiteatur legatum quidem fuisse relictum, sed in
 minus solenni testamento, tunc heres non cogetur soluere legatum aut
 iurare. *l. si veritas. 23. & l. ex testamento. 29. C. de fidei. c.* Postremò notandum,
 quòd contraria sententia, quæ communiter à DD. est recepta, puta quòd
 propter semiplenam probationem, à Iudice deferatur ei qui semiplenè
 probavit, iusiurandum, *per l. 3. C. de reb. cred. & c. vlt. ex. de iurem.* iudicando
 confirmata est in curia provinciali Hollandia. 8. Iulij. Anno 1583. Ita decisum extat in
de non. curia Holland. & VVestfris. decis. 57. Eandem quoque sententiam iudi-
 cando comprobarunt Domini Assessores in camera imperij Spirensi notat Andr.
Gal. lib. 2. Observ. c. 20.

ASSERTIO XCIV.

*Reus non tenetur actori edere instrumenta vel rationes ad
 intimationem suam fundandam, sed actor reo ad
 probandam exceptionem, instrumenta
 edere tenetur.*

ACTOR Reo tenetur edere instrumenta, non è contra reus actori
l. vlt. C. de eden. Ratio decidendi est, quia actor instructus & paratus
 ad iudicem venire debet, & durum esset Reum cogi adversario arma
 ineditare, quibus se ipsum oppugnet. Actor itaque instructus probatio-
 nis ad intimationem suam fundandam in iudicium veniet, non verò ex
 cuso rei probationes petet *l. qui accusare. C. de eden. l. nimis grave C. de test.* Il-
 lum autem singulariter notandum, quòd *tex. in d. l. vlt. ait,* non oportet ori-
 ginem petitionis ex instrumentis eius qui convenitur, fundare. Unde se-
 quitur, quòd Reus non tenetur actori edere instrumenta pro petitione sua
 fundanda: attamen pro fundata petitione adjuuando, rectè petitur editio
 instrumentorum à Reo. *Alex. in d. l. vlt.* difficilius enim aliquid in esse pro-
 batur, quàm quòd jam productum est, conservatur, vel adiuvatur. *l. 1. §.*
de edificum. ff. de no. mun. Exempli gratia, Sempronius vendicavit fun-
 dum à Titio, probavitque se esse dominum: fundata est petitio, excipit
 Titius fundum non esse tot iugerum: rectè petet actor instrumenta à
 Titio edi, quibus probet fines agri, & numerum iugerum. *Bald. in l. 1. §. edi-*
ficum. ff. de eden. per elegantem tex. in l. Titius 48. ff. de act. emp. l. prædijs 91. §. Titio. de
lega. 1.

lega. 1. Aliud exemplum. Si petam à te decem aureos, tenere chirographi sigillo tuo confirmari, tu negas te scripsisse, vel inficiaris sigillum, rectè petam, vt edas sigillum tuum, vel aliquid manu tua scribas, quod cum chirographo conferatur. Ita notat *Oldendorp. in classibus. clas. 1. act. 8. de actione ex edicto, de edendo.*

Non est locus huic regulæ, si fiscus sit actor, ei enim reus tenetur edere instrumenta pro fundanda sua intentione, *l. 2. §. item Dini fratres. ff. de iu. sis.* Ex quo tamen *§. iuncta. l. quod placuit. ff. eo.* talis distinctio colligitur: quod aut fiscus agit ad pœnam seu lucrum captandum ex delicto, & tunc reus ei non tenetur edere instrumenta sua. Nemo enim cogendus est propriam turpitudinem detegere. Aut ex causa ciuili, de damno vitando, puta ex proprio contractu vel de iure domini, agit, & tunc Reus ad editionem ei tenetur, exerceatque fiscus suum priuilegium.

Verùm obstat huic distinctioni *l. 3. ff. de eden.* ex qua probari videtur, quòd etiam fiscus, quando agit ad pœnam, vtatur suo priuilegio, ad cò vt Reus videatur teneri fisco ad editionem. Resp. Lex ista hoc tantum dicit, quòd reus fisco teneatur edere instrumenta, quæ ad causam, ex qua acturus est fiscus, faciunt: non autem exprimit, quando ad istam editionem teneatur. Vnde accipiendus est in textus, quòd cum fiscus ibi agat ad pœnam, non aliter facienda sibi sit editio instrumentorum, quàm si reus ad hoc iure communi teneatur; puta si ipse instrumentis in iudicio vtatur: acta enim iudiciaria sine distinctione litigantibus sunt edenda. *l. 1. §. edenda. ff. de eden. l. 2. C. eo.* vel fiscus iis vti velit pro intentione sua iam fundata adiuuanda, & aliis casibus iure communi concessis; vtque sic declaratur textus per alias leges magis in specie loquentes, puta *per d. l. quod placuit. & d. §. item Dini fratres.* Ratio diuersitatis est, quòd nimis graue est in causa sanguinis ex aduersarij domo probationes petere, seque propriis armis conficere, & propriam turpitudinem detegere, *l. aliis autem. ff. de iur. reur.* Porro actor tenetur reo edere instrumenta pro exceptione eius fundanda. *l. non est nouum. & l. ult. C. de eden.* Ratio diuersitatis inter actorem & Reum est, quòd cum rei inuiti ad iudicium trahantur, & se velint nolint defendere cogantur *l. pure. §. §. ult. ff. de except. doli*, præparare se, ignari quando conuenirentur, non potuerunt: æquitas igitur suadet, vt actor reo suas rationes, suaque instrumenta edat, ex quibus se ad iudicium instruatur & præparet.

Secundò aduersatur huic conclusioni *l. 1. C. de eden.* vbi sancitur, iudicem dispicere debere, quando reus rationes suas actori exhibere cogatur. Resp. Regulariter reus non tenetur actori pro intentione sua probanda rationes, & instrumenta sua exhibere, sed certis tantum specialibus casibus ad

ous ad hoc cogitur, unde additur *in d. l. 1. ex causa ad officium iudicis per-*
inere, vt hoc statuat. Certi autem & speciales casus, quibus Reus ad hoc
eneretur sunt hi: Primus est, si mandato actoris reus rationes conscripsit, is
nim quisquis sit, actori edere tenetur; quia hoc casu instrumenta ad
actorem pertinere videntur. l. si quis ex argentarijs 6. §. prator. ff. de eden. Secun-
us est, si reus ratione publici officij, quod exercet, ad edendum tenetur,
ita si sit argentarius, collectarius, vel nummularius. Horum enim offi-
cium publicam habet causam, & principalis eorum opera est, vt actus sui
rationes diligenter conficiant. l. prator. & l. argentarius. ff. de eden. Quod di-
ctum est de argentarijs, etiam rectè extenditur ad tabelliones, seu Nota-
rios, quorum etiam officium est publicum, & ad hoc introductum, vt de
tribus & coram ijs gestis publica instrumenta & scripturas conficiant.
taque si Notarius de re ad me pertinente confecit instrumentum, & a
ne in iudicio convenitur, possum eum cogere ad editionem istius instru-
menti. Ita notant Bart. & Zazius nu. 3. ad l. prator. ff. de eden. Decius, qui appellatur
terculus iuris ad l. 1. nu. 10. C. de eden. Approbat Menoch, in arbitr. iud. quæst. centur. 5.
usu 299. nu. 8.

Secundò hoc etiam procedit in fœneratoribus & vsurarijs, Nam & illi
 enentur in causis vsurarum contra se edere & exhibere libros & codices
 arum rationum. *tex. est in Clement. 1. §. ceterum ext. de vsur. vbi additur*
legans ratio, quod cum plerumque occultè & dolosè ineunt contractus
surarios, vix convinci possunt de vsuraria pravitate, nisi libris & codici-
us rationum suarum inspectis, & exhibitis. Tertius casus est, quando
reus, ijs rationibus in iudicio ad causam suam defendendam vteretur,
inc enim actori tenetur edere. l. 1. §. edenda. ff. de eden. quia acta iudiciaria
mnibus litigatoribus, quorum interest, sunt edenda. l. 2. C. de eden.

Tertiò opponitur, quòd nemo ea aduersus se exhibere cogitur, unde
 bi fiat negotium. *l. nimis graue. C. de testib. Ergo nec actor reo instrumenta*
dere tenetur. Resp. Illa lex in reo loquitur, quod scilicet reus non re-
etur actori edere instrumenta. Quod ostendit vox intentionis in alle-
ta lege posita, quæ libellum vel petitionem actoris significat. l. si quis in-
itione. ff. de iudic. l. 2. ff. de excep.

Quartò refragatur *l. 1. ff. de excep. vbi traditur, quòd Reus in exceptio-*
bus loco actoris habetur. Ergo nec actor Reo tenetur edere instru-
enta ad exceptionem suam probandam. Resp. In hoc reus vicem acto-
is obtinet in exceptionibus, quòd sicut actor suam intentionem, ita reus
am exceptionem probare tenetur. Verùm in modo & forma probandi
agis priuilegiati & fauorabiles sunt rei quam actores, nam ad fundan-
um & stabiliendam exceptionem actores reis instrumenta sua edere
 I i tenentur,

tenentur, idque ex vulgata iuris regula, quod fauorabiliores sint rei quam actores. *l. fauorabiliores 25. ff. de R.I. l. Arrianus 47. ff. de obl. & act. l. absentem 5. ff. de pæn.*

Postremò obijcitur, quod actor Reo non tenetur edere nomina testimonium qui contractui interfuerunt. *l. non ex omnibus 39. ff. de arbit.* Igitur nec instrumenta. Resp. Hoc specialiter introductum est, ne reus interim testes subornet, & ad falsum committendum alliciat: & ideò alia ratio in exhibendis testibus, quam in producendis instrumentis militat. Vide pulchrè & latè de hac quæstione differentem *Menoch. in arbitrar. iud. lib. 2. centu. 5. casu 499.* vbi refert & explicat 12. casus, quibus reus actori instrumenta vel rationes edere cogitur.

ASSERTIO XCV.

Infames in causis criminalibus testes esse prohibentur, in ciuilibus verò plenam fidem non merentur.

PROBATVR hæc sententia in *l. 3. §. pen. ff. de testib.* vbi dicitur testes propter infamiam & notam vitæ non esse admittendos ad testimonium. Facit *d. l. 3. in princ.* vbi dicitur, quod iudex in fide testimonium diligenter examinare debet, an honestæ & inculpata vitæ sint, an vero notati & reprehensibiles. Ex quo colligitur, quod infamibus non tanta adhibeatur fides sicut ijs, qui sunt integræ existimationis. *§. 1. No. 90. de testib.* vbi traditur testes honestam & inculpata vitam debere ostendere. In criminalibus causis infames indistinctè testes esse non possunt. *l. questum 13. ff. de testib.* vbi dicitur, damnatum de calumnia non debere admitti ad testimonium in publicis iudicijs: & additur ratio, quia ad iudicis officium pertinet, eius testis testimonium perpendere, qui est integræ frontis, id est, qui non est infamis. Denique manifestè confirmat hanc assertionem *l. 2. ff. de Senator.* vbi dicitur, quod Senator propter turpitudinem à Senatu remotus, neque iudex, neque testis esse potest.

Obijcitur *§. si verò ignoti. No. de testib.* vbi dicitur obscuris & vilis conditionis testibus credi, sed cum tormentis. Resp. No. illa loquitur de obscurarum & ignobilium personarum testimonio, scilicet quæ sunt obscuriores & plebeie personæ, sed tamen non sequitur eos propterea esse infames.

Secundò opponitur hoc argumentum. Certæ & particulares quædam personæ infames à testimonio dicendo repelluntur. *l. 3. §. pen. ff. de testib.* Ergo non omnes infames remouentur, ex vulgata iuris regula, quod inclusio

vnus.

ius est alterius exclusio *l. cum prator 12. in prin. ff. de iudic.* Resp. Nomina-
ta, & specialiter certis legibus publicorum iudiciorum infames non
prohibentur à testimonij dictione, sed tacite & generaliter satis legibus
excluduntur à testimonijs, quia *in d. l. 3. in princ. & §. ult. ait I C. iudicem ex-*
porare debere in persona testis, sit ne honestæ & inculpata vitæ, an verò
tatus & reprehensibilis: item testes propter notam & infamiam vitæ
mittendos non esse ad testimonij fidem.

Tota autem hæc res arbitrio & prudentiæ iudicis committitur: cuius
prudenter æstimare, quanta fides habenda sit testibus, dignitate scili-
cet, honestate ac fide testium diligenter inspecta & ponderata. *l. 3. §. ideoq;*
Iuus. l. ob carmen 21. ff. de testib. Meno. de arb. iud. lib. 1. qu. 27. vbi notat in cri-
iminalibus causis infames planè testes esse non posse. Et hanc sententiam,
quod infames in criminalibus causis generaliter testimonium dicere non
possunt, communi DD. suffragio receptam esse notant Iul. Clarus in pract. §.
7. quæst. 24. vers. quæro modo. Dida. Covar. in tracta. de sponsal. 2. part. c. 8. §. ult.
m. 8. Donellus verò c. 1. in tract. de testib. putat tunc infames non admitti ad
testimonium, si alia probatio suppetat. Confirmatur & hæc assertio aucto-
rate iuris Canonici, per tex. in c. licet causam, ex. de proba. vbi dicitur, quòd testi-
is qui malæ famæ, vel levis opinionis sunt, nulla vel modica fides ad-
hibenda est.

ASSERTIO XCVI.

Testes, cùm de fide instrumentorum nihil dicitur, con-
tra instrumentum audiri non debent.

COMPROBAT hanc sententiam *Paulus lib. v. senten. tit. xv. Idem probat*
l. 1. C. de testib. vbi statuitur instrumentis probandam esse causam
ingenuitatis, soli enim testes ad probationem ingenuitatis non suf-
fiunt. Ratio est, quia plus virium habent contractuum instrumenta, vel
voulæ testamenti, quam nudæ aliorum testium voces. l. scripturas. &
rh. seq. C. Qui po. in pig. Et cùm scriptum est aliquid in instrumento,
videntur omnia solemniter & legitime esse acta. l. sciendum 30. de V. O. §.
Inst. de fideius.

Hinc etiam contra chirographum non admittuntur testes ad solutio-
nem debiti chirographo comprehensi, nisi quinque numero, qui solutioni
presentes interfuerunt. *l. testium. C. de testib. Scriptum non nisi contrario*
scripto refellitur, itaque chirographum apocha vel alio scripto, non tes-
tibus refutatur. l. cùm de indebito. §. ult. ff. de proba. l. generaliter. C. de non

num. pec. Sic testamentum in scriptis conditum non infirmatur testibus, qui affirmant testatorem dixisse, se eodem testamento nolle mori, quia nuda voluntate testamentum non infirmatur.

Opponitur *l. sancimus 27. C. de testam.* ubi solenne & perfectum testamentum infirmatur testimonio trium testium, coram quibus testator declaravit se id nolle valere. Resp. Sola declaratio voluntatis coram tribus testibus expressa, qua dixit testator se nolle prius testamentum valere, ad testamentum in scriptis conditum infirmandum non sufficit, nisi tempore decennij etiam antiquatum fuerit testamentum.

Secundò aduersatur *No. 107.* ubi contra testamentum patris inter liberos videntur admitti testes. Resp. Quòd si septem vel quinque testes, qui testantur coram se patrem testamentum suum reuocasse, non sufficiunt ad hoc, ut testamentum patris inter liberos confectum reuocetur: sed requiritur præterea, ut aliud testamentum vel ex non scripto fecerit, qui ante fecerat ex scripto.

Tertiò repugnat *l. in exercendis. C. de fid. instr.* ubi dicitur in probando patrem fidem mereri testes & instrumenta. Resp. Regulariter testimoniorum & instrumentorum æqualis est virtus, sed tamen præualet in multis instrumentorum probatio testium depositioni. Hinc in ætate hominis probanda, item statu & iure personarum demonstrando, plus fidei merentur instrumenta, veluti professiones natalium, quàm testes *l. 1. C. de testib. & l. 6. C. de fid. instr. l. 3. C. Si min. se ma. dix.* Sic facta antiqua & peruehusta certius scripturis & instrumentis, quàm testibus probantur, quia memoria hominum est labilis, testiumque fides ex temporis diuturnitate imminui solet. *l. 3. §. duæ. ff. de Carb. edic. l. census. ff. de proba.* Similiter etiam contra instrumentum non sunt testes audiendi, nisi id velint falsi arguere. Cum enim præter scripturam adhibiti sint Notarius & testes publico instrumentum, firmior & efficacior est probatio instrumenti, quàm testium. *arg. l. Domitius. ff. de testa. c. cum Iohannes. ex. de fid. instr.* Itaque hoc vno tantum casu, cum fides scripturæ in dubium vocatur, testes contra instrumentum admittuntur. *l. penul. C. de con. stip. Cuiac. lib. Obs. 13. c. 38. & lib. 16. c. 25. & ad sciendum 30. ff. de V. O. Olden. in tract. de testib. in fin.*

ASSER-

ASSERTIO XCVII.

Nullus in re propria idoneus est testis.

¶ EXTVS sunt in *l. omnibus 9. C. de test. & l. nullus 10. ff. eo.* Dicitur autem causa propria, cuius commodum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet. *l. 1. §. in propria. ff. Qu. app. sit.*

Obijcitur, quòd legatarij possunt esse testes in testamento, in quo legatum eis relinquitur, & sic in re propria testantur. *§. legatariis. Inst. de test. ord.* Resp. Legatarius non sibi, sed heredi dicit testimonium, totum negotium quod in testamento agitur, inter heredem & testatorem agitur, *§. sed neque. Inst. de test. ord.* Legata enim sunt accidentia testamenti, de quibus testamentum consistere potest, & sic legatarij dicuntur sibi consequentiam quandam testimonium ferre, heredi verò principali. Ea verò quæ per consequentiam accidunt, non solent considerari. *ff. de auct. tuto.* Præterea propter multitudinem testium in testamento intervenientium, hæc suspicio affectionis siue proprii commodi toleratur & mitigatur. Ex aliorum enim testium habilitate legatarius idoneus testis redditur. *arg. l. si quis ex argentariis; §. 1. ff. de eden.* Ita alibi dicit glos. singularis in *l. testium fides. §. 1. in verb. numerus. ff. de testib.* quod id quod deficit in numero testium, supplet reliquorum numeris, ut etiam benè cecinit. 20. libr. *med. amoris Ovidius*, Et qua non prosunt singula, multa iuvant. Adde rationem, qua IC. Pomponius hanc decisionem confirmat in *l. si quis ita. ff. de testib. dub.* quæ huius quæstionis difficultatem tollit, quòd scilicet testamentum confirmatur testibus adhibitis. Cùm enim ideò testes adhibeantur in testamento, ut per eorum subscriptionem & subsignationem testamentum confirmetur, & ob testimonii meritum remunerandi gratia aliud eis relinquatur, non debet hoc, quod ad confirmationem testamenti non est, ad eversionem eius pertinere: *arg. l. legata inutiliter. de leg. 1.* tradunt eleganter doctissimi. *Vigl. ad d. §. legatariis. & Forner. lib. 2. select. l. c. 12.*

Secundò obijcitur, *§. si verò neque. Auth. de instr. caut.* & fide, ubi dicitur valet testimonium Notarii pro instrumento: Si enim instrumentum negat à Notario scriptum, & ipse adfirmet se id scripsisse, ei soli fides habenda. Resp. Tabellio ut quilibet testis de facto suo, id est, auditu & visu dicit testimonium, non autem in ea causa, cuius damnum ac emolumentum ei pertinet, ac proinde in causa propria non testatur. Postremò illud
I i 3 tanquam

tanquam singulare notandum, quod Principi & summo Pontifici, de proprio facto coram se gesto attestanti, plena fides adhibetur. *Clem. 1. ex. de probat.*

ASSERTIO XC VIII

Instrumenta priuata, si non alijs adminiculis iuuentur, ad probationem sola non sufficiunt.

PRIVATA instrumenta, ut sunt chirographa, apochæ, epistolæ, libri & rationes mercatorum, per se sola ad probationem faciendam non sufficiunt; sed si alijs adminiculis probationum, puta confessione vel iureiurando adiuentur, tunc plenam fidem faciunt. *l. 5. 6. 7. & 13. C. de proba.* Hinc si debitor fateatur chirographum manu sua exaratum, vel sua voluntate & mandato conscriptum, plenam facit fidem: quia ad priuatam scripturam accedit debitoris confessio. *l. generaliter. C. de non num. pec.*

Obijcitur *l. etiam. ff. de proba. & l. 2. C. Si min. se. ma. dix.* Vbi parentum professioni seu priuatæ scripturæ de natiuitate & statu filiorum creditur, siue hunc filium suum esse, sibi eo die natum, siue non esse, in actis professi sunt. Resp. Hoc speciale ius est, ut ætas liberorum probetur libris & scripturis parentum, quas conficiunt de anno & die, quo nati sunt filij. *l. 2. in princ. ff. de excus. tut.* Et ratio iustissima est specialis istius iuris, quia cum parentes de ætate liberorum certi aliquid profitentur, tunc nullum adhuc commodum aut damnum filiorum versatur. Itaque non præsumuntur mentiri parentes, cum eo tempore nihil lucri ad filios peruenire possit. Præterea parentum testimonium non meretur in hoc casu plenam fidem, sed contrarijs probationibus potest infirmari. *l. Imperatores. ff. de proba.* vbi Scauola respondit, professionibus parentum in iudicio productis, veritati nihilominus locum superfore.

Secundò obijcitur *l. non est nouum. C. de eden.* vbi dicitur debitorem posse petere à creditore suo, ut sibi edat rationes suas & instrumenta, ut inde fides veri constare possit. Resp. Rationes creditoris possunt ad hoc adferri à debitore, ut inde probet solutionem suam. Probant ergo priuata instrumenta siue rationes contra scribentem, non verò pro scribente. *l. 6. C. de eden. l. illatæ. C. de fid. instr.* Sic libri rationum tutorum probant contra scribentes in receptis. *l. qui sub conditione. ff. de cond. & dem. l. Lucius 46. §. tutela. ff. de adm. tuto.* In expensis verò requiritur causæ adsignatio, quia scrupulosa causæ inquisitio ab ijs exigitur qui rationes conficiunt. *l. si seruus. 119. de lega. 1.*

1.1. Probatur autem causa expensarum per libros rationum, adiuncto
 ramento. *l. si quis pro redemptione. C. de donat.*

Tertiò opponitur *l. Publica. §. fi. ff. de pos.* vbi dicitur, quòd solis priuatis
 scripturis credatur pro scribente. Resp. Acc. & communiter DD. Quan-
 aduersarius approbat & acceptat epistolam pro se, in his quæ faciunt
 tra scribentem, tunc tenetur etiam recipere & approbare in his, quæ
 ciunt pro scribente, & contra se. Quod verum est, nisi addat protesta-
 onem, quòd probet scripturam in his quæ faciunt pro se, non verò in
 s quæ faciunt contra se. Quæ protestatio admittitur, quando scriptu-
 continet plura separata capita, tunc enim potest pro parte approbari,
 o parte verò reprobari. Si verò contineat connexa & coniuncta capita,
 nc talis protestatio non admittitur, sed in totum debet scriptura ap-
 obari vel reprobari. *arg. l. cum queritur 16 ff. de adm. tuto.* Ita notat *Castren. in*
l. Publica. §. vlt. Socin. in fall. reg. 186. Menoc. de arb. iud. lib. 2. cent. 1. quest. 93. & 94.

Quartò aduersatur *l. fideiusor 26. §. pater. & l. cum tabernam. 34. ff. de pigno.*
 si traditur, plenam fidem tribui priuato instrumento, in quo per scri-
 um erat debitorem bona sua creditori pignori obligasse. Resp. Quoties
 iuata instrumenta vtriusque contrahentis gratia sunt scripta, & ab vtro-
 ne contrahentium subscripta, & subsignata, tunc plenè creditur hisce
 iuatis instrumentis.

Postremò notandum, quòd priuatæ scripturæ, seu instrumenta, si trium
 stium subscriptione fuerint confirmata, plenam fidem faciunt, ad instar
 blicorum instrumentorum. *l. Scripturas. & Auth. seq. C. Qui po. in pig.*

ASSERTIO XCIX.

*Subditi regulariter non sunt idonei testes in causa Princi-
 pis, vel ciuitatis, iuxta communem
 DD. sententiam.*

RATIO enunciationis est, quia animi subditorum metu & terrore
 potentiæ sunt occupati, ne veritatem proferre audeant. Idonei
 enim non videntur testes esse, quibus imperari potest, vt testes fiant.
 donei. *ff. de testib.* Præterea ij testes tantum audire debent, qui omni gra-
 æ & potentatui, fidem religioni iudiciariæ debitam præponere audent.
 os. *C. de testib.* Verum hæc de omnibus subditis non sunt vniuersaliter ac-
 pienda: nam sic magistratus in tota sua ditione non esset inuenturus
 lonceos testes. Ideoque sic distinguendum cum *Oldend. in tracta. de testib.*
 Aut

Aut certum est, magistratum esse tyrannum, qui veritatis testimonium iniquè laturus est, & tunc subditi metu potestatis concussi non admittentur ad testimonium. *l. Fulcinius. §. quid sit. ff. Ex qu. cau. in poss. l. vnic. C. Si rec. prouin. sponsa. dedit.* Aut constat magistratum veritatis professionem libenter auditurum, & testem reputari virum bonum, qui superioris magistratus gratia nolit mentiri, & tunc admittentur subditi, cessante causa suspicionis.

Obiicitur *l. in tantum 6. §. Vniuersitatis ff. de rer. diui. l. sed si hac. §. qui manumittitur. ff. de in ius voc.* Vbi dicitur, quòd seruus vel libertus ciuitatis, non est singulorum ciuium, sed ipsius Reipub. libertus, vnde & tam pro ciue, quàm contra ciuem testari potest, *d. §. Vniuersitatis. & l. 6. C. de quasi.* Itaque si potest seruus vel libertus ciuitatis testimonium dicere pro ciue, sequitur etiam ciuem pro vniuersitate in testem produci posse. Cùm enim commoda & bona singulorum ciuium sint seiuncta à bonis ciuitatis, nihil impedit, quò minus ciues in causa ciuitatis testes esse possint. Resp. sub distinctione. Aut causa ciuitatis litigiosa principaliter spectat ad ciuitatis honorem & commodum, & tunc singuli ciues idonei testes esse censentur. Ratio est, quia causa ciuitatis, singulorum ciuium propria esse minimè creditur. *l. 7. §. 1. ff. Quod cu. uni. no.* Sic ciues admittuntur in testes super iurisdictione & confinibus ciuitatis, cùm ea res non concernat singulos, sed vniuersos ciues. Similiter cum agitur de legato ciuitati vel collegio relicto, pro ædificiis extruendis vel reficiendis, iuxta *l. ciuitatibus 122. de leg. 1.* rectè recipiuntur in testes subditi vniuersitatis. *Menoch. in arbitr. iud. quasi. lib. 2. centur. 2. casu 106. num. 4. 5. 6. & seqq. Couarru. c. 18. Pract. quasi.* Aut commodum rei, cuius est controuersia, spectat immediatè & principaliter ad singulos ciues, vt puta si agat ciuitas ad ius pascendi in pascuis publicis, vel cædendi ligna in syluis publicis, ex quibus singuli ciues commodum expectant, vt puta si singuli ciues in pascuis publicis habeant ius pascendi pecora, vel singuli ciues habeant ius cædendi ligna ex nemore publico: & tunc non possunt ciues ferre testimonium pro ciuitate. Quia præterquam quòd subditi sunt, videntur etiam quodammodo in re propria testimonium dicere, quod iure vetitum est. *l. omnibus. C. de testib.* Hæc est communis DD. opinio, vt refert *Castren. in d. l. omnibus*, ybi notat ita quotidie obseruari. Approbat & sequitur *Menoch. de arbitr. iudic. lib. 2. cent. 2. casu 106.*

ASSER-

ASSERTIO C.

*Subscriptio instrumento facta, non continuò
scribentem obligat.*

QUÆRITVR, an is qui instrumento alicui subscripsit, obligetur ex subscriptione. Et in hac quæstione ita distinguendum est. Aut quis ineundæ obligationis proposito subscripsit, & hoc casu obligatur, non minus ac is qui principaliter in instrumento contraxit. Aut testimonij causa subscripsit, & hoc casu subscribens non obligatur. Prior pars distinctionis probatur in l. 2. C. de reb. al. en. non alienan. vbi deciditur, quòd si fraudis absit, tunc is qui subsignat, vel subscribit instrumentum venditionis, quo res sua ab alio venditur, obligatur. Idem probat l. 3. C. Quod cum qui in alie. pot. vbi dominus, qui instrumento serui, quo mutuum se accepisse fatetur, subscribit, obligatur. Similiter creditor, qui venditione pignoris à debitore facta, tabulis venditionis subscribit, pignus remittere censetur. l. sicut 8. §. non videtur. ff. Qu. mod. pig. sol. Posterior pars, quòd scilicet nec signatores nec testes alieno testamento, vel contractui subscribentes, sibi præiudicent, vt ex eo obligentur, probatur in l. mutua 14. C. Si cer. p. l. Caius 39. ff. de pig. act. l. Titia 34. §. Lucia, de leg. 2. In quibus legibus traditur, quòd subscribens alicui instrumento tanquàm testis, non obligatur, quia prout ignorare, quæ in instrumento continentur.

Sed in hac quæstione admodum inter se pugnant. l. fideiussor 26. §. pater. ff. de pigno. & d. l. Gaius. ff. de pign. act. Nam in d. l. Gaius asseritur, quòd si quis instrumento subscribit, in quo res suæ ab alio venditæ affirmantur, quòd de ista subscriptione sibi non præiudicet, neque in rei suæ venditionem consentire intelligatur. Contra in d. §. pater, deciditur, quòd si quis instrumentum aliquod scripsit, quo domum suam ab alio oppignorari continetur, quòd ille hac scriptura sibi præiudicet, & consensum obligationi suæ dedisse existimetur. Respondetur dupliciter. Primò in d. l. Gaius, subscripsit aliquis tabulis testamenti, vel illas signauit, non cognito eo, quid in testamento conineretur, nam solent tabulæ testamenti à testibusinari vel subscribi, etiamsi nihil de ijs constet eis, quæ in testamento disposita sunt, ideoque testes subscribentes hoc pacto sibi non præiudicant. At in d. §. pater. propria manu quis scripsit instrumentum pignoris, quo res suæ oppignorabantur. Itaque non potest ignorantiam eorum præiudicare, quæ instrumento continentur, & proinde subscribendo in obligationem rei suæ consentit.

K k

Secundò

Secundò responderetur, quod *in d. l. Gaius*, subscripsit quis tabulis testamenti tanquam testis, quo casu quis ex sua subscriptione aut subsignatione non obligatur. *l. si pater 6. C. de fideius.* In contraria vero lege incundæ obligationis causa subscripsit instrumento, ideoque ex scriptura obligatur. Quoties enim quis scribendo vel subscribendo vel personam vel bona sua obligat, hic efficaciter ex subscriptione sua obligatur. Sic si quis instrumento alicuius contractus subscripsit tanquam fideiussor, efficaciter ex fideiussione adstringitur. *l. si non subscripsisti 15. C. de adminis. tuto.* Similiter si quis scripsit instrumentum, quo res suæ pignori obligantur, hic scribendo sibi præiudicat, & in rei propriæ oppignorationem consentire censetur. *d. §. pater.*

CENTVRIÆ



CENTVRIÆ TERTIÆ
ENANTIOΦΑΝΩΝ.

ASSERTIO I.

*Ad matrimonium contrahendum, omni jure tam divino quàm
humano, item Ciuili & Canonico, requiritur de necessitate
consensus parentum. in nuptiis Liberorum, con-
tra communem Canonistarum sen-
tentiam.*

PRIMO suadet hoc naturalis ratio & æquitas. §. i. *Inst. de nupt.* Naturalis enim ratio nullo magistro docente hoc efflagitat, vt liberi obedientiam debitam præstent parentibus. l. 2. ff. de iust. & iur. & æquum est, vt notat *Theop. in d. §. i.* vt parentes qui ad eam vsque ætatem liberos educauerunt, hoc honoris habeant, vt matrimonio liberorum consentiant, cum liberi secundum Deum, se ipsos parentibus debeant. Secundò mouet hæc ratio, quòd maxima absurda & incommoda inde sequerentur, si nuptiæ sine parentum consensu contractæ valerent: tunc enim quilibet scurra posset honesti alicuius viri filiam quasi rapere, & inuitis parentibus abducere. Tertiò ciuilis ratio & æquitas id ipsum manifestè efflagitat; primò propter patriæ potestatis vinculum, tum ne inuito agnascatur suus heres: si enim liceret liberis, inuitis parentibus contrahere nuptias, agnasceretur inuito auo, vel patri suus heres, quod jure ciuili omninò prohibetur, §. *& tam filium. Inst. de adopt.* Quartò hoc etiam gentiles scriptores æquissimum statuerunt, Hoc perspicuè probat senex ille Simo in Andria Terentij, dum inquit, Adeonè impotenti esse animo, vt præter ciuium morem atque legem, & sui voluntatem patris, Tamen hanc studeat habere vxorem cum summo probro. Huc accedit, quod iure diuino, cui omnes humanæ leges cedere & subscribere debent, multis in locis traditur, vt necessario in nuptiis liberorum interueniat consensus parentum. Primò hoc quintum præceptum Decalogi satis eui-

KK 2

denter

denter ostendit, quod iubet parentes honore & obedientia afficere: quorum honor in hoc maximè violatur, si liceat liberis, ijs repugnantibus, nuptias contrahere. Secundò huc pertinet, quod *Exod. 22. præcipitur*. Si quis seduxerit virginem, & pater virginis ei filiam dare nolit, reddat pecuniam quam virgines accipere consueverunt. Tertiò *Paulus 1. Ad Corin. 7.* agens de filia virgine elocanda, docet hoc jus esse penes parentes. Denique traditam & concessam hanc potestatem parentibus jure diuino, ostendunt varia scripturæ exempla, ex quibus apparet præcipuos in Populo Israëlítico viros, nunquam nisi parentum consensu inijsse fœdus coniugii. Testatur hoc exemplum Samsonis, qui cum mulierem Philistinam amare cœpisset, non statim eam duxit in vxorem, sed primùm rogauit parentes virginis, vt eam sibi desponderent. *Iud. 14. Item Tobia 6.* Angelus ad Tobiam iuniorem dicit: Est hic Raguel qui habet filiam Saram, pete à patre eius, & dabit tibi in vxorem.

Quæritur nunc, An etiam de iure Canonico requiratur de necessitate consensus parentum? Et quidem veteres Canones hac in re cum iure ciuili euidenter consentiunt. Primùm enim Euaristus Pont. in hæc verba rescripsit, Aliter legitimum non sit coniugium, nisi ab his qui super fœminam dominationem habent, vxor petatur, & à parentibus sponsetur, & legibus dotetur. *c. aliter. 30. q. 5.* Simile rescriptum extat Leonis in *c. honorantur 32. q. 5.*

Obiiciuntur recentiora iuris Canonici responsa, & primum *c. sufficiat 27. q. 2.* vbi huiusmodi recitantur verba. Sufficiat solus, secundum leges, eorum consensus, de quorum coniunctione agitur. Resp. Illa verba ponuntur, non vt parentum consensus excludatur, sed iis verbis innuitur, quòd solus & merus consensus faciat nuptias, ad excludendum concubitum: sine eo nanque vinculum matrimonii firmiter contrahi potest. Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit. *l. nuptias 30. ff. de reg. iur.* Non enim eo in loco proponebatur, filium velle contrahere matrimonium sine consensu parentum, sed tantùm de eo quæstio erat, an præter consensum in nuptiis concubitus quoque requireretur. Licet ergo de consensu parentum nominatim nihil dicat, tamen hoc satis euidenter ex mente canonis colligitur, cum secundum leges consensum requirat.

Similiter ferè respondetur ad *c. tua. desponsa.* vbi dicitur, matrimonium contrahi per legitimum viri & mulieris consensum. Requiritur enim ibi consensus legitimus, & talem qualem leges exigunt, quæ necessariò ad nuptias liberorum consensum parentum efflagitant.

Tertiò obiicitur *c. pen. ex de rapt.* quod plurimis negotium faceffit: vbi orta quæstione, An miles possit retinere mulierem, quam rapuerat & abduxerat

uxerat inuitis parentibus, cumque ea contraxerat matrimonium, & con-
buerat: respondit *Lucius Pont.* eam à marito recedere non posse. Sed
spondetur ibi interuenisse copulam, itaque matrimonii separatio dura
sa fuit; vnde veteres Canones hoc rescripto non abrogantur, sed ad-
ta hac exceptione temperantur: Si copula secuta non fuerit, ne viriatæ
ersonæ fiat iniuria, néve simul amissa pudicitia virum quoque amittat.
uam sententiam euidenter comprobat *Vlpianus in l. 1. in fi. ff. de lib. exhib.*
oi eleganter respondet, benè concordantia matrimonia, & liberis sub-
xa, non debere iure patriæ potestatis dissolui. Quem locum rectè de
nptiis liberorum sine consensu parentum contractis, & copula consum-
atis intelligit *Hotom. in §. 1. Inst. de nupt.* Ita decidunt *Duare. ad tit. Solu. matr.*
2. de nupt. & *Coras. lib. 1. Misc. c. 17.* Eandem sententiam amplectitur & de-
ndit *Erasmus Roterodamus*, vnicum sæculi nostri decus atque orna-
entum in *Iam Epist. ad Corinth. c. 7.* *cap: 19 p. 6.*

Postremò obijciunt Christi apud Matthæum verba, Quos Deus con-
nxit, homo ne separet. Ergo sufficit in nuptijs mutuus contrahentium
onsensus, absque parentum approbatione. Ad quæ respondendum,
quod Deus eos tantum coniungat, qui ritè, honestè, ac secundum ordi-
ationem eius copulantur. Non enim leues vanos & stultos affectus, iu-
enili calore incitatos, & amoris philtro inescatos, Deus pro matrimonio
abet. Sponsalia itaque clandestina absque parentum consensu inita,
im Dei voluntati repugnent, Deo authore conciliata videri non pos-
unt. Concludo ergo, quòd iusta est causa dissoluendi matrimonium re-
tegra, si contractum sit sine auctoritate parentum, qui consummatio-
em matrimonii impedire possunt, si modò iustas & legitimas habeant
ontradicendi & prohibendi causas. Ita defendit *Molina. ad l. nuptias. ff. de*
I. in addit. ad Decium. Cui suffragatur *Hotom. in illust. quest. quest. 9.* vbi nota-
iliter adiungit, quod *Henrici II. Regis Galliarum* constitutione cautum
est, vt mares ante annum 30. fœminæ ante annum 25. ob contractas sine
arentum auctoritate nuptias, & donationibus in ipsos collatis spoliari
ossint, præterea exheredari, & legitima portione priuari queant. Ad-
æc *Imp. Carolus V.* in hereditariis suis prouinciis constituit, vt si liberi
bsque parentum consensu & voluntate matrimonium contrahant, pos-
nt ob eam causam exheredari. Ita notat *Wesemb. in paratit. ad tit. de lib. &*
ff. h. nu. 5.

ASSERTIO II.

*Filia minor xxv. annis, nubens sine consensu parentum,
potest exheredari, contra communem
DD. opinionem.*

QUÆRITUR, an filia exheredari possit, quæ sine consensu parentum nupsit. Et ex Novella 115, §. sed si filia. satis euidenter apparet eam exheredari posse, si minor xxv. annis nubat sine consensu parentum. Nam in d. §. Imp. ait, non potest filia exheredari, si post xxv. annos nubat sine consensu patris. Ergo à contrario sensu tacitè satis hoc colligitur, si ante eam ætatem, hoc est, minor xxv. annis nubat sine consensu parentum, posse eam exheredari. Magis strictè & arctè requiritur in nuptijs filiæ, quàm filij, parentum consensus, propter sexus imbecillitatem, & infirmitatem. Vnde & filia minor xxv. annis consensum matris & propinquorum adhibere debet in nuptijs. l. 1. l. vidua. l. in coniunctione. C. de nupt. Cuiac. ad No. 18.

Non obstat iuris Canonici decisio, qua matrimonium liberorum sine consensu parentum post copulam contractum, ratum est, & rescindi non debet. Nam Pontifices volunt tantum manere matrimonium, postquam est copula consummatum, ne maius inde sequatur scandalum, nè vitiatæ personæ fiat iniuria: non autem probant inobedientiam filij, nec iniuriam quæ patri illata est, impunitam relinqui volunt. Duare. ad tit. de nupt. c. 2. Castren. ad l. si filiam. C. de inof. testa. Decius ad l. nuptias. de R.I. In contrarium est communis DD. opinio, qua statuitur, quod non sit iusta causa exheredandi filiam, si invito patre contrahat matrimonium, maximè attento iure Canonico, dummodò non inhonestum & turpem, familiaque sua indignum maritum elegerit. Ita decedit Prasēs Everardi consil. 15. vbi notat ab hac sententia non esse in iudicando recedendum. Itaque si filia inhonesto & indigno nupserit, sine dubio potest exheredari. per l. 3. §. si emancipatus. ff. de bo. poss. cont. tab. Ita eleganter & solidè tradit Cuiac. lib. 3. Obser. c. 5. Dissentit Fachin. lib. 3. contro. c. 44. vbi notat filium à patre exheredari non posse, etiam si ducat uxorem ignominiosam invito patre. Idque maximè attenta iuris Canonici auctoritate nititur defendere, quo iure ex communi DD. errore putat consensum parentum tantum requiri de honestate, non verò de necessitate in nuptijs liberorum.

ASSE-

ASSERTIO III.

Si quis corruptam & vitiatam ab alio pro Virgine duxerit, matrimonium rescindi non potest.

HÆc assertio probatur ex c.1. & 2.29. q.1. & c.quemadmodum, ex. de iureiur. eamque sententiam multis argumentis eruditè & solidè comprobatur *Wesem. in parat. de rit. nup. num. 8.* Ratio præcipua est, ne occulta delicta nudentur, & quieta coniugia turbentur & distrahantur. Adfertur & pro hac sententia hoc argumentum fortissimum: Si non dissolvitur coniugium propter alia vitia animi æquè grauia, imò maiora, ut propterea vxor est impia, hæretica, malæ frugis, perditè prodiga. *l. ult. vbi Gl. verbo, abolita. C. de repud. c.2. ex. de diuort. neque ob hoc vitium diuortium est admittendum.*

Tertiò probatur hoc ex eo, quòd stupri accusari ea mulier non potest, quæ post illud ducta est. *l. si vxor 13. §. fin. ff. ad l. Iul. de adult.* Serò enim accusat mores mulieris, quos ducendo probauit. Cùm autem non distinguat lex inter scientem & ignorantem, sed loquatur generaliter, neque possumus distinguere debemus.

Obijciunt primò *lex Moysis. Deuter. 22. vers. 20. & 21. vbi corrupta, quæ pro virgine se elocari nuptijs passa est, capitali supplicio affici iubetur.* Resp. Leges politicæ seu forenses Moysis nos non obligant, neque durior illa pœna à Christianis recepta est. *Martyr in lo. com. Theol. lib. 2. c. xi.* Igitur sicut pœna à lege vel Principe capitalis homicidij ob certas causas, vel circumstantias remittitur, aut mitigatur, non soluitur coniugium; ita & hoc casu respondendum est. *§. deportatio. No. 22. de nupt.*

Secundò obstat *l. ex empto xi. §. si quis virginem. ff. de act. emp. vbi empta muliere corrupta, quæ virgo esse putabatur, agitur ob iustissimum errorem ad rescindendam emtionem.* Resp. Hæc lex magis confirmat hanc sententiam, quia dicit, quòd talis error non impediat, quòd minus contrarius valeat: quia nulla vitia locum faciunt redhibitioni, nisi vsum rei impediant, imò valere hoc casu emtionem expressè probat. *l. alioquin xi. ff. de act. emp.* Quòd autem datur actio ex empto ad rescindendam emtionem, matrimonio non procedit, quia in causis status, puta libertatis, iurisfundendi, matrimonij, non datur restitutio. *c. quanto. ex. de diuort. l. si ex causa 9. §. ff. de mino.* sed hîc valet immota regula; Quod Deus coniunxit, homo separet.

Tertiò

Tertiò opponitur, quòd dolus, quo alteri parti imponitur, rescindit contractus bonæ fidei, & coniugia. *c. tua 26. in f. de sponsal.* Resp. Dolus hic non dat causam contractui, sed est tantùm incidens, quod genus non vitiat contractus. *DD. in l. si dolo. 5. C. de resc. vend.* Deinde dolus tum demum annihilat matrimonium, quando res neque substantiam, hoc est, consensum contrahentium, neque formam coniugij habet. *d. c. tua.* Dissentiunt Ioachimus à Beust in tractat. de matrimon. *c. 34.* Beza in tract. de repud. & diuers. fol. mihi. 87. & 88. Philip. Melanthon in tract. de coniugio. qui statuunt propter hunc errorem qualitatis, puta si quis corruptam & vitiatam pro virgine duxerit, matrimonium esse rescindendum.

ASSERTIO IV.

Ratihabitio patris liberorum nuptias subsequens, retrahitur, & ab initio iustas nuptias efficit.

QUÆRITVR, an si ab initio pater nuptiis filiisam. non consensit, sed ex interuallo eas ratas habeat, an ratihabitio retrahatur, & ab initio iustas nuptias efficiat, an verò à tempore ratihabitionis demum nuptiæ confirmantur. Et verior probabiliorque est sententia, quod ratihabitio patris retrahatur, & ab initio iustas nuptias filii efficiat. Quæ assertio probatur primùm per generalem iuris regulam, qua traditur, quod ratihabitio retrahatur, & mandato comparetur. *c. ratihabitionem. d. R. I. in 6. l. ult. C. Ad SC. Maced.*

Secundò hanc sententiam comprobatur apertè *l. 5. C. de nupt. vbi traditur,* quod si pater ex interuallo cognitis filii nuptiis non contradixit, quod iustæ nuptiæ, iusti que liberi efficiantur.

Contrariam sententiam defendunt Cuiac. lib. 3. Obs. c. 5. Contius lib. 1. disp. c. 7. & Hotom. in illust. quest. c. 9. Anton. Faber. in Papinianeæ Iurisp. tit. de nupt. princ. 4. illat. 10. Vultei ad §. 1. Inst. de nupt.

Tria contra hanc decisionem adferuntur argumenta. Primum est, quod dicitur in §. 1. Inst. de nupt. quod in nuptiis filiisam. patris iussus præcedere debet. Resp. Quoties iussus interuenit, is præcedere debet, ea enim est natura mandati seu iussus, vt præcedat actum & negotium. *l. si quis mihi. §. iussus. ff. de acq. H. l. si verò 12. §. si post. ff. M. inda.* Cæterùm & absque influ tacitus consensus & ratihabitio patris sufficit, quia Nouella lege generaliter definitum est, quòd omnis ratihabitio retrahatur, & confirmet ea quæ ab initio subsequuta sunt. *l. ult. C. Ad SC. Maced. l. semper 60. ff. de R. I.*

Secundò

Secundò aduersatur *l. c. si contra 6. C. de nupt.* vbi traditur, quòd si magistratus in prouincia duxerit subditam, hæ nuptiæ iniustæ sunt. Sed si eposito officio postea in eadem voluntate perseuerent contrahentes, istæ nuptiæ tum demum efficiuntur, sed ratihabitione retrò non confirmatur matrimonium ab initio. Resp. Ideò subsequuta ratihabitione nuptias ab initio non confirmat, quia nuptiæ antea non potuerunt confirmari, quamdiu magistratus officium in prouincia sustinebat: sed matrimonium sine consensu parentum contractum potuit ab initio confirmari eorundem consensu: ergo & sequens ratihabitione iustas ab initio nuptias efficiet.

Tertiò repugnat *l. si vxor 13. §. si quis vxorem. ff. Ad l. iul. de adult.* vbi dicitur, quòd iure viri maritus non possit vxorem accusare adulterij, quam duxit inuito patre, cuius coniunctioni postea pater consensit. Resp. Ideò ratihabitione ibi non retrahitur, quia versamur in causis odiosis, scilicet in pœnis infligendis propter delicta. Odia enim sunt restringenda: fauores verò ampliandi, ideoque fauore matrimonij, vt scilicet iustæ nuptiæ, & legitimi liberi efficiantur, ratihabitione patris retrahitur; quia fauores sunt ampliandi.

ASSERTIO V.

Matrimonium metu contractum, ipso iure non valet.

METVS ipso iure vitiat matrimonium, si modò talis sit, qui cadat in virum constantem. Matrimonia enim debent esse libera, nec vi aut coactione vlla constringi. Vnde si quis vinculis, carcere, verberibus, periculo mortis illato, aut alio atroci metu, qui cadit in virum constantem, coactus sit ad ducendam vxorem, hoc matrimonium ipso iure non valet. *l. Titia. ff. de V. O. l. 2. C. de cont. stip. c. significauit. ex. de eo qui dux. vx. quam poll. per adult. c. cum locum. ex. de sponsal. l. si mulier 21. §. si dos. ff. l. mat.* Hinc sequitur, quòd sicut filius inuito patre vxorem ducere non potest, ita nec pater filium inuitum & dissentientem cogere potest ad ducendam vxorem, quam non amat. *l. nec filium 12. C. de nupt. l. non cogit. 21. ff. de rit. nup.* Sed obstat vehementer *l. si patre 22. ff. de rit. nup.* vbi traditur, quòd si patre cogente filius duxit vxorem, quam non duxisset, si esset sui arbitrij, quod hoc matrimonium ratum sit, & valeat. Resp. sublinct. Aut filius propter reuerentiam paternam consensit nuptijs puellæ, patre suo contractis, quam aliàs si sui iuris fuisset, non esset ducturus, hoc matrimonium propter reuerentialem metum non rescinditur. Ita

L I

intelli-

ntelligenda est *d. l. si pater*. Aut interuenit iustus metus facti, vt si pater filium verberibus aut carcere coegit ad ducendam vxorem, & tunc non valet huiusmodi matrimonium; sed tanquam metu contractum est rescindendum. *Sneidevi. ad tit. Instit. de nupt. parte 2. num. 28. fac. l. Titia 13. ff. de V. O. vbi dicitur, quod in honestum visum est villo vinculo pœnæ matrimonia obstringi Duare. ad tit. de nupt. c. 2.* Comprobatur quoque hæc assertio iure Canon. per *c. veniens. 15. ex de sponsal.* vbi dicitur, si aliquis inuentus sit dormire cum puella, & per parentus puellæ compellatur cum ea matrimonium contrahere, quod tale matrimonium sit inualidum, nisi sequatur copula, quæ metum præcedentem tollat, & nouum quodammodo consensum inducat. *c. significauit. ex. de eo qui dux. in vxor. quam poll. per adult. c. insuper. Qui matr. accus. pos. vbi dicitur, quando quis etiam semel copula carnali consensit, omnis metus sublatus intelligitur, & matrimonium validum est: sequens enim copula purgat omne vitium. cap. id quod. ex. de sponsal.*

A S S E R T I O VI.

Deportatione non soluitur matrimonium.

QUOD deportatione non dissoluatur matrimonium, est apertus textus in *§. deportatio. No. 22. de his qui nupt. iterant.* Quod & obtinuit iure veteri, quia deportatio non fuit maxima capitis diminutio sed media *l. 1. C. de repud. l. res vxoris. C. de don. int. vi. & vx. l. sed si mors 13. §. 1. ff. eo. l. 5. ff. de bo. damn.*

Sed è diametro obstat *l. si quis sic stipuletur 56. ff. Sol. mat.* vbi dicitur deportatione solui matrimonium. Præterea obstant *l. penul. ff. de var. & extr. ior. cogn. & l. 4. §. vlt. ff. de grad. & affin.* Vbi dicitur, quod aquæ & ignis interdictio seu deportatio sit maxima capitis diminutio, & quoddam libertatem & ciuitatem adimat, præterea quoddam deportatione soluitur matrimonium. Resp. Ii qui deportantur, vel quibus aqua & igni interdicitur, nec liberi, nec ciues manent iure Quiritum. Liberi autem, & nuptiæ manent iure gentium. hoc est deportatione tollitur & amittitur libertas quæ est iuris ciuilis, at verò naturalis libertas, seu iuris gentium, deportatione non tollitur. At verò ius gentium & naturale in nuptiis potissimum spectamus. *l. adoptiuus 14. §. 1. ff. de rit. nupt.* Igitur matrimonium deportatione non dissoluitur. Hæc ex Cuiacio deprompta sunt *ad d. No. 22. in princ.*

A S S E R -

ASSERTIO VII.

*De substantia matrimonij non requiritur deductio
sponsæ in domum mariti.*

NUPTIAE solo contrahentium consensu perficiuntur. Consociatio enim animorum non corporum facit nuptias. *l. nuptias 30. ff. de R. l. cum hic status 32. §. si mulier. ff. de donat. int. vi. & vx.* Vnde nec deductio sponsæ in domum mariti, neque concubitus, neque confectio dotis, alium instrumentorum ad perfectionem matrimonii requiritur, aut quid aliud præter consensum. *l. penul. ff. de don. int. vi. & vx. l. neque sine 13. C. de nupt.* Probat etiam hanc assertionem *l. si donationum. C. de nupt.* in qua statuitur, pompæ celebratisque nuptiarum omissionem, firmitati matrimonij non obesse.

Obstant huic decisioni pleraque iuris loca, & primò pugnat *l. mulierem. ff. de rit. nup.* ubi traditur, absentem mulierem per nuntium vel epistolam nubere non posse, quia deductione in domum mariti opus est. Resp. Olim certæ quædam ceremoniæ & solennitates observatæ fuerunt, quibus non adhibitis matrimonium ferè contrahi non solebat. Itaque quod asseritur in *d. l. 5.* opus esse vxoris deductione in domum mariti, in contrahendo matrimonio, de iis accipiendum est, qui sola & simplici conventionone non contenti, ritum illum solennem observare voluerunt, quem tamen non esse necessarium, affirmatur in *d. l. si donationum.* Itaque non affirmatur in *d. l. 5.* quomodo nuptiæ contrahi debeant, alioqui nudum consensum sufficere assereret IC. sed forma ac ritus deductionis in domum tantum describitur & demonstratur.

Secundò repugnat *l. cui fuerit 15. ff. de cond. & dem.* ubi Vlpia. ait, conditionem nuptiarum tunc impletam videri, cum vxor ducta fuerit. Resp. hoc per metaphoram dictum accipi debet, tunc scilicet mulierem nuptiæ videri, & conditionem nuptiarum impletam, statim atque ducta est vxor, & matrimonium consensu peractum, tamen concubitus non accesserit. & ut ait IC. Vlpianus, quamvis vxor in cubiculum mariti nondum venerit, tamen videtur conditio nuptiarum impleri simulatque matrimonium consensu est consummatum. Quod ratio subiecta liquido declarat. Nuptias enim inquit IC. Vlpianus consensus, non concubitus facit.

Tertiò refragatur Justinianus in *l. sancimus 24. C. de nupt.* ubi disertè sancit,

cit, conditionem nuptiarum impleri non posse, nisi ipsa accedat nuptiarum festiuitas. Resp. Ideò constitutio Justiniani nuptiarum festiuitatem exprimit, quòd raro sine ea solennitate & pompa eo tempore matrimonia inirentur, idemque procul dubiò de matrimonio responsurus fuisset, quod solo consensu peragitur. Quod manifestè comprobatur *tex. in d. l. sancimus. in fi. in verb. sed ex quo vota nuptiarum re ipsa processerint*, id est tunc satisfactum est conditioni nuptiarum, vel impleta nuptiarum conditio, quando cum virgine facta est desponsatio de præsenti. Tunc enim intercessit & impletum est votum nuptiarum, licet nondum interuenit conjunctio vel copula carnis. Ita not. *Glinl. 3. §. 1. ff. de dona. int. vi. & vxor. in verb. concubina.* vbi dicit, quod contracto matrimonio per verba de præsenti, ante deductionem in domum, secundum canones, vir & vxor sunt. Approbat *Panorm. ad rubr. de sponsal. nu. 4. Petr. Peck. de testam. coniug. lib. 4. c. xi. Neostadius Senator Clariss. in suprema Curia Hollandia. in tracta. de pact. nuptial. obseruat. 15. vbi refert à Senatu Parisiensi ita quoque fuisse iudicatum.* quod concubitus non sit necessarius ad perfectionem matrimonij, cum etiam virgo possit esse vxor. *l. id. oque 7. ff. de rit. nupt. l. licet. pen. C. de incest. nupt. & quod communio bonorum inducatur inter sponsores; simulatque matrimonium in facie ecclesiæ sit contractum, etiam si copula carnalis nondum sit subsecuta.*

Quartò repugnat Aureliani rescriptum *in l. cum in te. C. de dona. an. nupt.* qui cum consuleretur de donatione, quæ nuptiarum die facta dicebatur, anne à marito, an verò à sponso facta censeretur; rescripsit ita demum à marito donatum videri, si in sponsi domo facta fuerit donatio. Vnde colligi videtur, non aliter nuptias quàm per deductionem in domum mariti perfectas intelligi. Resp. Rescripto Aureliani hoc tantum indicatur, cum dubitatur post nuptias, an ante easdem res donata sit, ex deductione in domum mariti præsumi nuptias perfectas. Si tamen in proposita specie constitisset, quo tempore mutuo consensissent in nuptias coniuges, non opus fuisset ad hanc coniecturam recurrere. Hoc modo prædicta loca in speciem pugnantia conciliat *Duare. ad tit. de nup. c. 2.*

Concludendum igitur, nec concubitus, nec deductionem in domum, mariti aliūve ritum solennem, ad matrimonium perficiendum iure ciuili esse necessarium. Itaque statim atque per verba exprimentia consensum de præsenti, sponsalia contracta sunt, iam verum matrimonium, etiam non interueniente copula carnali, contractū censeretur, quia nuptias facit consensus, non concubitus. *c. cum locum. ex. de sponsal. Sneideri. ad Inst. tit. de nupt. cap. de sponsal. num. 15.* Idque innumeris supremis curiarum sententijs est confirmatum vti notat. *D. Cornel. Neostadius in obserrat. rer. iud.*

Holl

oll. Zelan. & Fris. c. 15. 16. & 17. Adde Gail. 2. Obs. 80. nu. 4. & seqq. Afflict. de-
61. nu. 5. Quod adeò verum est, quòd tales sponsi participes sint eorum
corum, quæ coniugibus alterutro moriente, superstiti ex pacto vel
stituto debentur, quia sponsa de præsentis vxoris loco habetur. *Wesem. ad*
de sponsal. num. 7. & ad tit. de rit. nupt. num. 2. Consuetudine tamen obser-
tur, vt non aliter coniunx percipiat lucra nuptialia, quàm si virgo tra-
cta fuerit ad domum sponsi, & matrimonium copula fuerit consum-
etum. Jure Saxo. requiritur ingressus thori maritalis, ad hoc vt super-
s coniunx alterutro moriente acquirat lucra nuptialia. Vnde in sta-
tis Saxonice hæc clausula additur, postquam ascenderunt thorum nu-
tialem, *Wanneer dat bruyt bedde beschreden is. Wesenb. in parat. ad tit. de sponsal.*
tit. de rit. nupt. Sneidewi. ad Inst. de succes. viri & vxor. num. 121. Ferra. in for. libel.
o vxor agit agit ad dotem.

ASSERTIO VIII.

*Adulterio dissoluitur matrimonium, non tantum quoad sepa-
rationem thori, sed etiam quoad vinculum matrimo-
nij, contra communem Canonistarum
sententiam.*

ROBATVR hæc conclusio ex *Matthæo c. 5. & 19.* Vbi Christus ex so-
la causa adulterij, licere libellum diuortii tradere respondit. Ergo &
innocenti personæ nouæ nuptiæ conceduntur. Neque enim diuor-
tium verè est, vbi innocens persona manet obligata. *Wesem. in parat. de di-*
rit. in fi. Præterea Christus interrogabatur de illo diuortii genere, quod in-
t Judæos vsurpabatur, quo matrimonij vinculum dissoluebatur, ac
inde non de alio diuortij genere responsio Christi intelligenda est.
Hæc coniugij vinculum abrumpit, quisquis factus est scortatricis mem-
brum: nec enim potest simul esse & adulteri & mariti caro. Neque subsi-
re potest Canonistarum distinctio, tradita in c. 2. de conu. lepro. c. dixit domi-
32. qu. 1. qui separationem thori tantum fieri tradunt adulterio, non
tò dissolui vinculum coniugale; ac sic noui coniugii potestatem inno-
centi personæ, quæ propter adulterium diuortium fecit, non concedunt.
Ecce enim sententia à doctissimis Theologis nostra ætate est confutata.
ta, *Bucero, Melanthon, Beza, Petro Martyre, & alijs celeberrimis reformatæ religio-*
Doctoribus.

LI 3

Non

Non obstat locus *Pauli 1. ad Corint. 7. vers 10. & 11.* Vxor à viro ne discedito, quòd si discesserit, maneat innupta, aut viro reconciliator. Quia Paulus non loquitur ibi de legitima diuortio, sed de discessione iniuncta, quam Corinthii leues homines & luxuriosi, ob simultates, odia & dissidia faciebant. Qui ob hasce causas iure non probatas diuertit, reconciliari debet personæ, à qua discessit, aut sine spe coniugij viuere. Cæterum hoc ad legitimam diuortii causam non est trahendum, quia in casu adulterij Dominus permisit innocenti aliam ducere, quod ex mente tacita, vel vt loquuntur DD. à contratio sensu satis constat. Nam si dicitur mœchari, qui dimissam à priore marito vxorem ducit, excepta causa adulterij, ergo ob causam adulterij facto diuortio, aliam ducens non mœchatur. Præterea dissolutio, quam facit magistratus auctoritate diuina, ex iustis causis, vera esse debet, nec innocenti personæ captiosa. Itaque innocenti personæ nouarum nuptiarum facultas concedenda est, ne scortationis periculum incurrere cogatur. *l. consensu. §. si verò in verb. vxoremque statim ducere. C. de repud.* Quod & sacre historię comprobant. Sic Hieronymus defendit Fabiolam, quòd à coniuge polluto separata, alteri nupsisset. Concluditur itaque rectè in reformatis Ecclesiis, ex verbo Dei, innocenti personæ secundas nuptias concedi, modò auctoritas Ecclesiæ & pii magistratus accedat. Ita crudité & solidè tradunt. *Beza in tract. de diuort. Martyr. clas. 2. loc. com. c. 10. nu. 58. 59. & seqq.*

A S S E R T I O IX.

Mulier non tantum contra tacitam, sed etiam expressam anteriorum creditorum hypothecam, πρωτοπραξίας beneficio, in repetitione dotis gaudet. contra communem DD. sententiam, & contra Do-

N E L L V M.

MVLIER dotem repetens, præfertur aliis creditoribus tempore prioribus, in bonis mariti, quæ illi tacitè obligata sunt, pro dote recuperanda. *l. assiduis. C. Quipo. in pig. l. 2. §. vlt. & l. seq. ff. de priu. cred.*

Sed magna est inter magistros iuris controuerfia, an etiam hoc πρωτοπραξίας beneficio vtatur contra anteriores creditores expressam hypothecam habentes? Et quidem crebrior & receptior est sententia DD. in *d. l. assiduis*, mulierem præferri creditoribus tacitam hypothecam habentibus, expressam nulla ratione.

Contraria

Contraria tamen sententia est Martini veteris glossatoris, quæ & probabili ratione nititur, & textibus defenditur, & secundum eam in camera perij pronuntiatur, ut notat *Mins. cent. 4. Obs. 13.* Eamque præter subditos interpretes amplectuntur *Cynus in d.l. assiduis. Corras. in l. qui liberos. ff. de nup. Cuiar. ad No. 97. & in paratit. C. de privil. dot. Vultei ad §. fuerat. Inst. de act. ibidem Borcholt Fachin. lib. 3. contro. iur. c. 99.* qui benè notat, quod D D. qui prælatione dotis mulieri concessa in repetitione dotis, tacitam hypothecam ab expressa distinguunt, novam. *l. & planè contrariam dicta l. assiduis clere conantur. Fab. lib. 8. coniect. iur. c. 11. & 12. Vaudus lib. 1. quest. iur. c. 21.* primum probatur ex *d.l. assiduis, & l. in rebus. C. de iur. dot.* quæ cum indirectè loquantur mulierem præferri omnibus prioribus creditoribus in hypothecis, nec distinguant inter tacitam & expressam hypothecam, cessare debet & hominis distinctio. *arg. l. de pretio. ff. de Publicia.* Deinde probatur euidenter inuicta Martini ratio. Si mulier præfertur creditori mutanti in refectionem ædium, atque is potior est eo, cui anterior & expressa hypotheca ex pacto competit. *l. interdum 5. & l. sequ. ff. Qui po. in pign. l. 97. §. his consequens.* præferetur etiam mulier creditoribus prioribus expressam hypothecam habentibus; quia si vinco vincentem te, multò magis vinco te. *l. de accessionibus. ff. de diu. tem. præscr. Pulchrè Cuiatius ad No. 97. & equalit. dot.*

In contrarium adfertur, quod dicitur, mulierem in causa dotis, & fiscum paribus passibus ambulare. *l. 2. C. de priu. fis. l. dotis. C. de iur. dot.* fiscum tamen creditoribus prioribus expressam hypothecam habentibus non esse potiorum, traditur in *l. si pignus. ff. Qui po. in pig. l. si fundum. C. eo.* Sed respondetur, quod Imp. huiusmodi prærogatiuam mulieribus ex singulari gratia concessit, ideoque eius rescripto. *l. 2. C. de priu. fis.* antiquata videtur. Vel aliter potest responderi, quod quamuis mulier fisco non præferatur, quia privilegiatus contra privilegiatum sua prærogatiua non mutatur, nihilominus mulier in concursu aliorum creditorum potiora iura obtinebit. *Guiber. in tract. de dorib. c. 7.* Itaque hoc statuitur tantum in *d. l. 2.* quod licet vxori *πρωτοπρεξία* concedatur contra reliquos creditores, non tamen fisco, cum quo maritus ante dotis constitutionem contraxit, ob singularem, quo eum Impp. persecuti sunt fauorem, vxor est præponenda. *Pulchrè Pet. Vandra. in tract. de pri. vel. cred. c. 4 & Coras. in l. qui liberos. m. 117. ff. de rit. nupt.*

Secundò opponitur, quod potior est dispositio hominis, quam Legis. *l. 1. C. de pact. convent. & l. & habet. §. 1. ff. de precar.* Atqui creditores priores mutantur cautione hominis, mulier autem dispositione Legis. Igitur creditores priores habentes expressam hypothecam præferuntur mulieri in repetitione

repetitione dotis. Resp. Hoc axioma quod potior sit dispositio hominis quam Legis, accipiendum est, quoties lex tantum disponit, ut auxilium adferat & subsidium dispositioni hominis. At verò si lex lata est ideo, ut prævaleat, & vincat cautiones hominum, tunc etiam potior erit Lex dispositione hominis.

Tertiò hoc mouetur argumentum. Priuilegia tributa constitutionibus Principum non debent in aliorum iniuriam redundare. *l. cum auus. C. de emanc. lib.* Ergo priuilegium prælationis mulieri indultum, non debet ad aliorum creditorum damnum porrigi. Resp. Vera est enunciatio, nisi Princeps prudens sciensve ob publicam similemve causam nominatim tale priuilegium indulserit. *l. 2. §. si quis à principe. ff. Ne qu. in lo. pub.* At in præsentī casu Iustinia. mulieribus hanc prærogatiuam concessit, ut indistinctè omnibus creditoribus præferrentur, quoniam publicus matrimonij fauor hoc efflagitabat. Publicè enim interest, fœminis dotes conseruari, ad sobolem procreandam & educandam, & replendam liberis hominibus civitatem. *l. 1. ff. Sol. mat.*

Quartò adducitur hoc argumentum: quòd mulier paciscendo prioribus creditoribus, quibus ius quæsitum erat, nocere non potest, *l. filius C. de pact. l. transactione. C. de trans.* Resp. Mulier ius quæsitum alijs non aufert, sed lex & Principis rescriptum. Cùm autem lex magis sit rerum nostrarum domina, quàm nos ipsi, *l. 2. ff. de leg. ex iusta causa res proprias singulis aufert, & posteriores creditores prioribus præponit.* Et si quis fortè instet & urgeat hanc constitutionem Iustiniani, de iure prælationis concessò mulieri in dote contra priores creditores expressam hypothecam habentes, pugnare cum iure & æquitatis ratione, dicendum Iustinianum impensè & plus æquo mulieribus favere voluisse, fuit enim plane vxorius Imp. & ad nutum & beneplacitum coniugis suæ Theodoræ sæpè Leges mutavit, fixit & refixit, ut videre est in plurimis constitutionibus Novellarum. Denique hic illud I. C. Vlpiani verbum obtinet. Quod quidem perquam durum est, sed Lex ita scripta est. *l. prospexit 12. ff. Qui. & quib. manu. Eleganter Faber in error. pragmat. decade 6. erro. 2.*

Quintò & postremò grauitè aduersatur *l. vbi. C. de iur. dot.* qua permittitur vxori vindicatio rerum dotalium, si maritus labatur facultatibus, contra posteriores creditores, vel alios qui non habent legibus potiora iura. Hinc liquidò patet, creditoribus prioribus expressam hypothecam habentibus, mulierem non præferri, cùm posterioribus tantum præponatur, & ij qui potiora iura non habent, id est, qui tacita hypotheca nituntur. Resp. Quòd ista sit propria legis sententia, quòd mulier tam prioribus quàm posterioribus creditoribus præferatur, quamcunque hypothecam

hypothecam prædant, nisi maius habeant priuilegium, vt fiscus in
 causa primipili, & liberi in exactione dotis maternæ: l. 4. C. In qu. ca pig. tac.
 l. afsiduis. §. & idèd. Guiber. d. loco. c. ult. Contraria sententia, quod vi-
 delicet mulier tantum præferatur creditoribus prioribus tacitam, non ve-
 d expressam habentibus, communiter frequentiori calculo interpretum
 recepta est. Quam tuentur & approbant Dynus in c. qui prior. de reg. iur. in
 o. Iason Zazius & Sneiderwinus ad §. fuerat. Inst. de act. Donel. ad d. l. afsiduis.
 teuzant. depignor. par. 4. nu. 19. Guil. lib. 2. Obs. c. 1. 25. nu. 101. qui & ab ea opinione
 eo tempore in Camera imperij non esse recessum adfirmat.

ASSERTIO X.

*Promittens dotem incertam, efficaciter obligatur ad dotem,
 pro modo suarum facultatum, & dignitate ma-
 riti constituendam.*

PRIVILEGIUM dotis est, vt licet quis generaliter dotem, sine de-
 signatione quantitatis, aut certæ rei promiserit, tamen teneatur effi-
 caciter, dotisque quantitas pro modo facultatum promittentis, &
 dignitate mariti, mulierisque statuenda est. Idque verum est, tam in patre
 puellæ, quàm extraneo. l. quæro. 60. l. cum post. 69. §. gener. ff. de iur. dot. l. 3. C. de
 iur. prom. l. cum is. 32. §. mulier. ff. de cond. inde.

Obiicitur l. 1. C. de dot. prom. vbi ex his verbis in pactis dotalibus com-
 prehensis, *Ea quæ nubit, dotem dare promittit*, mulier contra eos, qui eam nu-
 tui collocabant, agere non potest, ad dotem constituendam. Resp. Ibi
 si mulier obligauerat suam personam ad dotem dandam, itaque alij
 ei dotem non promiserunt, minimè obligatione adstringuntur. Hoc igi-
 tantum ista lege deciditur, quod cum nihil sit mulieri promissum,
 si ipsa promiserit se dotem daturum, mulierem quoque actionem non
 esse intendere ad dotem dandam. Sed de hac quæstione, an incerta
 promissio dotis mulierem obliget, nihil ista lege definitur. Si tamen
 id certi statuendum esset, dicendum est, obligari mulierem, vt do-
 tem pro modo suarum facultatum & dignitate mariti constituat: nam
 in pijs causis, vti est dotis constitutio, incertitudo non vitat promissum.
 l. si filia 43. de leg. 3. Costal. ad d. l. cum post. §. gener. ff. de iur. dot.
 Quod si extraneus promiserit, sine certa quantitate aut specie se dotaturum
 cellam, tantum dare cogitur, quantum habita ratione bonorum
 Mm
 eius,

ejus, & dignitatis puellæ, iudex æquum statuet. *d.l.3. C. de dot. promif. Connan. & Duare.* aliter hanc antinomiam conciliant, & *d.l.1.* ita intelligunt, quòd mulier incertam dotem promittens non obligetur, & vel vno denario, vel minima re in dotem data liberetur. Ratio est, quia cum mulier in genere dotem promittit, sua refert, nullam vel minimam dotem esse in obligatione, vt omnia reliqua bona sibi propria habeat, titulo dotis non obligata, debetque maritus suæ ignorantia & imperitiæ seu negligentia imputare, quòd non contraxit cautius. Sed quando alius pro muliere dotem incertam promittit, efficaciter tenetur, quia non solum mariti, sed multò magis mulieris interest, dotem arbitrio viri boni taxari, ne mulier fiat indotata, & sic fortassis à viro domo expellatur. *l.vlt. C. Ad SC. Vell. Connan. lib.8. com.c.8. Duare. lib.1. disput. annuer. c.56.* Vide aliter hanc antinomiam conciliatam apud Ioannem Robertum *lib.4. senten. iur. c.vlt. Confer. Fachin. lib.8. contro. iur. c.75.* ubi quinque diuersas conciliationes recitat inter *l.cum post §. gener. ff. de iur. dot. & l.1. C. de dot. promif.* Præterea consule Sarmen. *lib.8. select. interpret. ad l. quidam testamento 30. ff. de leg. 2. Guibert. de dotibus. c.4. nu.4. & 7.*

ASSERTIO XI.

Filia superstitibus liberis in coniugio defuncta, dos profectitia non reuertitur ad patrem, sed manet penes maritum.

DE F E N S A fuit hæc sententia, & primò recepta à Martino contra Bulgarum propter has firmissimas rationes. Primò dos dicitur proprium filiaë patrimonium. *l.3. §. ergo. ff. de mino.* idè ad liberos prius quàm parentes bonorum dotalium mulieris successio deuoluitur. *§. 1. No. de here. ab intest.* Secundò dos propter onera matrimonii datur, sed maritus mortua, superstitibus liberis, vxore, onera adhuc sustinet. *l. si maritus 46. ff. Fam. ercisc.* Ergo æquum est dotem penes eum manere. *l. si is qui. §. ibi dos. ff. de iur. dot.* Tertiò hanc sententiam confirmat. *l. illam. C. de collat.* in qua nepotes auo succedentes dotem matris conferre compelluntur; quod non eueniret, si dos mortua filia reuerteretur ad patrem. Nā si ad avum, patrem scilicet matris eorum dos reuerteretur, non esset in ea specie de collatione dotis tractandum inter ipsos nepotes, quia dos apud eos non esset, sed apud ipsum avum. Quartò confirmatur hæc sententia *ex l. pater. ff. de pact. dot.* ubi respondetur, valere pactum, quo pater qui filiaë nomine dotem

dotem dedit, paciscitur, ut mortua filia superstitibus liberis, deducta parte tertia, reliqua dos sibi, aut post mortem suam filijs reddatur. Quod si dos ex juris communis dispositione ad patrem regredi deberet, frustrale pactum interponeretur. Quintò hanc opinionem corroborat. *l. post dotem 40. ff. Sol. mat.* vbi pater stipulatus erat dotem sibi reddi diuortio facto, & pronuntiavit Papinianus, quòd postquam extiterit stipulationis conditio, & filia sine liberis decesserit, pater ex stipulatu rectè agat. Ergo superstitibus liberis relictis, dotis conditio patri denegabitur. Vltimò manifestè hæc sententia comprobatur in *l. vnica. §. illo procul. dubio. C. de rei ux. act.* vbi traditur, quòd mortua in matrimonio muliere, dos quæraturlius hæredibus: proximi autem hæredes matri sunt liberi, etiam in lucris nuptialibus. *l. sanimus. C. Commu. de success. l. quod satis. C. de bo. quæ lib.*

In contrariam partem citatur *l. pater filia. ff. de euict. & l. dos à patre. C. Sol. mat.* Verùm responderetur, quòd istis legibus simpliciter dicatur, quod si in matrimonio decesserit filia, quòd dos à patre profecta ad eum reueratur: sed nulla ibi fit mentio de casu existentium liberorum. Ideoque ex generali istarum legum decisione nihil certi in hac quæstione probari potest. Vnde rectè tradunt communiter DD. quod maritus potest retinere dotem propter liberos. *Wesem. in parat. ff. Sol. matr. Pulchrè Faber. lib. 1. coniect. c. 16.* vbi hanc sententiam consuetudine obseruari notat. eamque à iure nouo quam veteri obtinere solidis argumentis demonstrat. Quod & confirmat *Accursius in l. 4. C. Sol. matr.* vbi notat hanc sententiam, quòd dos profectitia mulieris maneat penes maritum exstantibus liberis, tanquam liberis fauorabilem in usu forense esse receptam.

Secundo obiicitur *l. vnica. §. fileat C. de rei ux. act.* vbi dicitur, maritum non retinere dotem propter liberos. Resp. lex illa procedit, quando diuortio solutum est matrimonium, tunc maritus dotem retinere non potest propter liberos. Idque confirmat euidenter *d. §. fileat*, vbi adiungitur, ideo maritum retentione dotis non uti, ne varium genus culpæ contra uxorem excogitet. Quod omnino accipiendum est de matrimonio diuortio soluto, non morte mulieris; cum nulla culpa mariti vel mulieris accadat, si morte dissoluatur coniugium.

Tertio opponitur. *No. 118. de heredit. ab intest. §. 1.* vbi statuitur, quod bona liberorum profectitia post eorum mortem, jure successionis ab intestato deferuntur ad parentes. Resp. Hoc de aliis bonis quam dotalibus obtinet, quia dos dicitur proprium patrimonium filia, unde ad liberos transmittitur *l. 3. §. ergo. ff. de minor. 25. an.* In lucris enim nuptialibus liberi proximi sunt heredes matris *l. quod scitis 3. C. de bo. quæ liber. l. ult. C. Comm. de success.* Dissentiunt ab hac opinione *Fachin. lib. 3. contro. c. 71. Guilbertus de*

dotibus c.6. nu.3. & seqq. Notandum autem quod Fachinaeus distinguit inter filiam in potestate, & emancipatam, ut priori casu dos revertatur ad patrem etiam superstitibus liberis, posteriori vero casu remaneat dos penes maritum & liberos. Dissentit & Hotom. in tractat. de dotib. ubi tradit, quod dos profectitia mortua muliere ad patrem extantibus etiam liberis redeat, non ad maritum. Postremo opponitur, quod si iure communi dos maneret apud maritum, liberis superstitibus, frustra interpone- retur pactum de dote lucranda in casu existentium liberorum, quod tamen pactum valet. *l. si pater dotem 12. l. inter 26. §. cum inter. ff. de pact. dota. l. si dotali 48. ff. Sol. matr.* Resp. Quæ dubitationis tollendæ causa con- tractibus inferuntur, ius commune non lædunt, possuntque ea quæ iuris communis sunt, etiam pro maiori cautela pacto includi. Ideoque talia pacta valent inter coniuges, licet iuri communi sint conformia. *l. qui mu- tuam 56. ff. Mandat.*

In aduentitia quoque dote liberi præferuntur patri, & mortua in ma- trimonio muliere, dos aduentitia semper penes matrum manet. *l. mulier. ff. de cond. inst. l. 5. ff. de bon. damn. l. 23. & 24. ff. de cuiet. l. 15. ff. de fund. dota. l. vnic. §. illo proculdubio. C. de rei vx. act. l. ult. §. 1. ff. Ut lega. no. cav. Hotom. in tract. de dotib. Cuiac. lib. Obs. 9. c. 4. Ferra. in for. libel. quo vxor agit ad dotem.*

A S S E R T I O XII.

*Mulier naturaliter domina est dotis, maritus
fictione iuris civilis.*

TRADITUR hæc distinctio in *l. in rebus 30. C. de iu. dot.* Maritus do- minus est dotis, inspecto scilicet initio, quoniam dos ipsi traditur. *l. 7. §. fiunt autem. l. 9. §. 1. ff. de iu. dot. l. si pradium. C. eo.* Præterea quoad exercitium actionum, & administrationem bonorum, quam lex ei con- cedit constante matrimonio, maritus censetur dominus dotis. *l. de his. C. de iu. dot. l. doce ancillam. C. de rei vend.* Item quoad fructus dotis, maritus fictione iuris censetur dominus dotis, quos percipit & lucratur pro on- eribus matrimonij. *l. pro oneribus. C. de iur. dot.* Verum inspecto effectu exi- tuque, quia plerunque morte mariti aut diuortio soluto matrimonio, dos redit ad mulierem, & quia interim omne emolumentum ad eam pertinet. *l. Titio centum. §. Titio genero. ff. de cond. & dem. effectu scilicet, cum pro ea maritus vicissim onera matrimonij sustinere cogatur. l. quan-*

uis 75.

uis 75. ff. de In. dot. mulier iure naturali est domina dotis, maritus fictione iuris ciuilis. l. 6. §. si fundum. l. si constante. §. si maritus. ff. Sol. mat. l. 3. §. ergo. ff. de mino. l. Lucius. §. idem respondit. ff. ad Municip.

Obijcitur huic sententiæ, quod duo in solidum eiusdem rei domini esse non possunt. l. si ut certo. §. si duobus. ff. Commod. Igitur maritus & vxor non sunt dotalium rerum domini. Resp. Dominium duplex est: Vnum verum & efficax, quod mulier habet, quæ iure naturali domina est dotis. d. l. in rebus. Alterum fictum & imaginarium, quod est apud maritum, qui fictione iuris dominus dotis esse censetur: Atqui dominium eiusdem rei apud plures diuerso respectu esse potest. Sic directum dominium agri emphyteutici habet dominus directus, qui prædium dedit in emphyteusin, vtile dominium habet emphyteuta, quia vtilis in rem actio illi conceditur. l. 1. ff. Si ag. vect. pet. l. possessores. C. de fun. patr. lib. x1.

Secundò obijcitur quod traditionibus verum & naturale dominium transfertur in accipientem. §. per traditionem. Inst. de rer. divis. At fundus dotalis non aliter constituitur nisi traditione. l. de divisione 5. ff. Sol. matr. Ergo verum & naturale dominium dotis transit ad maritum. Resp. Hoc argumentum ita demum procedit, si idoneus contractus ad transferendum verum & naturale dominium intercedat, hoc est, si res ea mente tradatur, ut verum & naturale seu efficax dominium ad accipientem perveniat. l. traditio. ff. de acqu. rer. dom. Hic autem vxor non ita tradit dotem, ut verum & naturale dominium marito acquiratur, sed tantum hoc agitur, ut maritus habeat ius & facultatem vtendi fruendi rebus dotalibus. Ita hanc quæstionem decidunt Coras. lib. 5. Miscel. c. 14. Cuiac. lib. 10. Obs. c. 32. Guibert. de dotib. c. 5. nu. 4. & seqq. Duare. lib. 1. disput. c. 17. Conna. lib. 8. comm. iur. c. 9. Hotoman. in disputat. de dotibus. Vaudus lib. 2. quæst. iur. cap. 3. Zazius lib. 2. sing. intellect. c. 5. Rober. lib. 3. sent. iur. c. 18. & lib. 3. animadv. c. 9. Vultre. in disceptat. scholast. c. 19. & libr. 1. Iurisprud. c. 20. nu. 29. Borholt ad princ. tit. Inst. Quib. alie. lic. vel non.

ASSERTIO XIII.

*Pro restituenda vel conseruanda dote, maritus non
est cogendus fideiussorem dare, datus
tamen tenetur.*

PROBATVR hæc sententia satis apertè ex l. 2. C. Ne fideius. dot. dent. quæ dicit nullam fideiussionem exigendam esse à marito pro dote. loquitur ergo lex in eo casu, quo maritus inuitus cogitur ad dandum fideiussorem. Itaque à marito volente efficaciter datus fideiussor tenetur. Facit pro confirmatione huius sententiæ locus qui extat apud Macrob. lib. 1. Saturnal. c. 6. vbi ita scribit. Scipio princeps gentis Corneliæ, cum ab eo sponsalia poscerentur, asinum pecunia onustum produxit in forum, quasi præsentem fideiussorem dotis, vel pignus.

Obijcitur l. 1. & 2. C. Ne fideius. dot. den. Vbi dicitur, fideiussorem pro dote datum non teneri, ideo quod videatur ea fideiussio bonis moribus contraria, cum causam perfidiæ in connubio generet. Resp. Inciuile est ad dandum fideiussorem maritum dotis nomine cogendum esse, quia cum mulier sese vitamque suam fidei mariti commisit, multò magis bona sua eius fidei commississe censetur. Sed si à marito volente datus sit fideiussor, efficaciter tenetur, quia tunc cessat omnis suspicio & causa perfidiæ. Primo, quia omni obligationi fideiussor accedere potest. l. 1. ff. de fideius. Secundò, quia pignus à marito pro dote vxori dari potest. l. quod autem 7. §. si vxor. ff. de don. int. vi. & vx. Ergo & fideiussor, quia fideiussio similis est pignoris dationi. l. promissor 21. §. vlt. ff. de const. pec.

Secundò obstat l. si constante. §. quoties. ff. Sol. mar. Vbi maritus tenetur vxori satisficere de restituenda dote. Resp. Ibi maritus soluto matrimonio, non constante, satisficet de restituenda dote, quo casu iure veteri non statim, sed annua bima, trima die, id est, tribus annuis pensionibus tenebatur dotem reddere, iure nouo intra annum res dotales mobiles, immobilia verò bona in dotem data statim post solutum matrimonium reddi debent. l. vnic. §. exactio. C. de rei vx. act. Si ergo soluto matrimonio à muliere, vel eius heredibus conueniatur maritus ad restitutionem dotis, tunc non sufficit nuda promissio, sed maritus tenetur datis fideiussoribus vel pignoribus, satisficere sua die dotem mulieri reddi.

Tertiò aduersatur l. cum dotis 55. ff. de iu. dot. vbi videtur adferi, quòd à marito fideiussor pro dote restituenda possit exigi. Resp. Ibi non à marito dari

to dari petitur fideiussor pro dote restituenda, sed è contra ab vxore, quæ marito dotem promittit, fideiussor postulatur pro dote danda. Probant hanc assertionem *Hotom. in disput. de dotibus. Duare. ad tit. de Iu. dot. c. 4. Conna. lib. 8. comment. c. 9. nu. 8.*

Postremò hoc argumentum in contrarium adfertur. Pacta quæ contra leges & bonos mores fiunt, nullius sunt momenti. *l. 6. C. de pact.* Sed pactum quo coniuges paciscuntur, vt à marito pro dote conseruanda fideiussor detur, est tale, quia fouetur & generatur causa perfidiæ in connubio, eò quòd plus vxor fidat extraneo fideiussori quàm marito. *l. 2. C. Ne fideius. dot. den.* Ergo conuentio de fideiussore dando, etiam vltro à marito facta non valet. Resp. Lex non prohibet, ne maritus etiam volens det fideiussorem, sed tantùm inhihet, ne inuitus dare cogatur. At verò quoties præceptum prohibitium respicit commodum eius, cui fit prohibitio, tunc consilium potius est, quàm præceptum. *l. filiusfam. §. Diui. de leg. 1.* Vnde præceptum illud, ne fideiussores det, quoad maritum non obligat, quia quilibet potest fauori suo renunciare. *l. si index 41. ff. de mino.* & volens non efficitur iniuria. *l. 1. §. fin. ff. Quod ful. tut. auct. Trot. in addit. ad Bart. in l. si constan. §. quoties. ff. Sol. mar.* Dissentiunt *Fachin. lib. 8. contro. iur. c. 76. Godæ. de contr. tip. cap. 6. conclus. 23. nu. 360. & multis seqq.* qui volunt maritum, etiamsi vltro & sponte fideiussorem dederit pro conseruanda vel restituenda dote, tamen ne eo quidem casu fideiussorem obligari. Cui sententiæ suffragatur *Cuiat. in paratit. C. Ne fideius. dot. dent.*

ASSERTIO XIV.

Pater tam diuiti, quàm pauperi filiæ, modò legitima sit, dotem constituere cogitur, non verò naturali tantùm.

PERTINET ad officium patris, liberis suis dotem vel donationem propter nuptias dare. *l. vlt. C. de dot. prom.* vbi dicitur, officium patrum esse liberos dotare. Quod ita accipiendum est, quod hoc maioris necessitatis sit quàm arbitrij & voluntatis paternæ. *l. dotem ff. de coll. bono. qui liberos. ff. de rit. nupt.* vbi dicitur, quòd pater auctoritate magistratus potest compelli, vt filias nuptui collocet, & pro modo facultatum dotem illis constituat. Sicut in simili ad officium iudicis dicitur pertinere, quod ex præscripto muneris publici, & iuris auctoritate, necessario cogitur facere, puta testes infames à testimonij dictione repellere, lites superfluas minuere. *l. quidam. ff. Si cer. per. l. quasitum. ff. de test. Guiber. de dotib. c. 3. nu. 13. & seqq.*

& seqq. Naturalem tamen filiam pater dotare non cogitur, *l. uxorem 41. §. pater naturalis. de leg. 1.*

Obijcitur *l. si quis à liberis. §. 2. ff. de lib. agn.* ubi dicitur patrem non teneri filiae locupleti alimenta præstare, ergo nec ad dotandam eam tenetur. Resp. Non procedit argumentum ab alimentis ad dotem, quia major est fauor dotium ob utilitatem publicam: publicè enim interest fœminas esse dotatas, ut facilius maritos inuenire possint. *l. 1. ff. Sol. ma.* Deinde legitima portio, cuius vicem hodie dos obtinet, etiam ditissimis liberis debetur, alimenta verò non item. Cùm ergo patri non liceat filiam locupletem exheredare, quinimo tenetur ei debitam portionem legitimam relinquere. *§ aliud. No. 115.* Ergo & in dote idem dicendum est, quippe cuius eadem ferè inspectio est, quæ legitimæ portionis, utpote cùm dos in legitimam imputetur. *l. quoniam 29. C. de inoff.*

Secundò obijcitur, quòd naturales liberi à parentibus sunt alendi. *§. pen. No. 89.* Ergo & dotari debent. Item jure Canon non solum debentur alimenta liberis naturalibus, sed etiam spurij, adulterinis, incestuosis, atque ex nefario complexu procreatis. *c. cum haberet. de eo qui dux. in matr. quam poll. per adult.* Cuius elegantem reddit rationem *Ferrariensis*, in practica sua, quod inhumanum sit, ut anima à Deo creata, quæ non peccauerit, periret. Resp. Ut prius dictum est, non rectè ab alimentis ad dotem ducitur argumentum. Nam hæc in jure sæpè distinguuntur. Sic enim liberi alimenta liberis patroni præstare debent, *d. l. si quis à liberis. §. solent*, quos tamen dotare non compelluntur. Dissentiunt ab hac sententia *Bart. in l. mulier. §. cum proponeretur. ff. ad SC. Trebell. Duare. ad tit. Solut. matrim. cap. 3. Alicia. ad l. 1. nu. 65. ff. Sol. matr.* & nouissimè *Fachin. lib. 10. contro. iur. c. 38.* qui negant patrem esse obligatum ad dotandam filiam diuitem.

ASSERTIO XV.

Filia quæ dote acceptura, nihil amplius se ex hæreditate patris accepturam promisit, ab intestato patri succedere non prohibetur, nisi pactum iuramento confirmauit.

TEXTVS est expressus in *c. 2. ex. de pact. in 6.* ubi additur ratio, quòd omne iuramentum, quod præstitum, non vergit in æternæ salutis dispendium, nec redundat in alterius damnum, est seruandum. Potest

Potest namque hoc pactum iurejurando confirmari, quia non repugnat bonis moribus: sed ob id solum iure reprobat, ne liberi modico præterito contenti, grandem plerunque successionem repudient. *arg. l. cum hi. de transact.* Quod ex eo patet, quod hoc pactum post mortem parentum initum, validum est. *l. si quando. §. 1. C. de inoff. test.* Alia pacta, quæ contra bonos mores sunt, hoc est, contra æquitatem honestatēve naturalem, iurejurando non possunt confirmari. *c. non est obligatorium. de R. I. in 6.* quia iusiurandum non debet esse vinculum iniquitatis. *c. quanto. ex. de iureiur. Auth. quod eis. C. de nupt.* Tale est pactum de succedendo, quod omninò contra bonos mores est, & plenum periculosissimi tristissimique eventus: nam inducit votum captandæ mortis, & viventis mortem funesto & lugubri voto facit expectari. *l. ex eo. C. de inu. stip. l. ult. C. de pact. l. de iuri. §. ult. ff. de dona.* Ideo quæ hoc pactum iurejurando non corroboratur. *Quintavallis. ex. de iureiur.*

Obiicitur primò, quod hac pactum iuratum, quo liberi paterna hereditate excluduntur, videtur esse contra bonos mores naturales: quia naturalis ratio, quasi tacita quædam lex, liberis hereditatem parentum adicit. *l. ult. ff. de bo. damn.* Resp. Non tota hereditas parentum iure naturæ debetur liberis, sed legitima portio hereditatis tantum, eo quæ sensu *d. l. ult.* accipi potest. Vnde & si renunciatio successionis fiat pro minore quantitate, quàm est legitima, absolutionem à iuramento concedi posse affirmat *Peck. ad d. c. non est obligatorium.* Imò videtur quod hoc pactum quo filia de non succedendo patri paciscitur, iuramento interueniente, valeat, etiam si nullam accepit dotem, vel legitimam non est consecuta, quia ratio, qua in *d. c. 2. de pact.* comprobatur hoc pactum, est, quia hoc actum absque interitu salutis æternæ servari potest. Quæ etiam ratio obinet, licet filia nullam omninò accepit dotem vel legitimam. Resp. iuramentum non debet esse vinculum doli vel iniquitates. Sed hoc iusiurandum censetur dolo esse extortum, quando filia renuntiat accessioni paternæ, cui nihil legitimæ portionis loco est relictum, & manifestè iniquum est, quia filiam priuat legitima iure naturæ sibi debita à parentibus.

Secundò obstat, quod pacta siue iuramenta contra leges inita non valent. *l. non dubium. C. de leg.* Sed legibus hoc pactum prohibetur, quo filia dotata renuntiat futuræ successioni. Ergo iuramento confirmari non potest. *l. pactum. C. de colla.* Resp. ex sententia *Dyni ad d. c. non est.* Aut prohibetur aliquod pactum legibus propter turpitudinem sui, & hoc pactum iuramento non confirmatur. Nam Christianus homo ita institutus esse debet, ut mortem potius oppetat, quàm impium vel inhonestum

N n

quid

quid promittat vel admittat. Et valere hic debet aurea & præclara illa Iuliodori sententia. In malis promissis rescinde fidem, in turpi voto muta decretum. Quod incautè vouisti, ne facias. Impia est promissio, quæ scelere adimpletur. *c. in malis 22. q. 4.* Aut prohibetur aliquid in priuilegium & fauorem certæ alicuius personæ, tunc iuramentum interpositum ab eo, in cuius fauorem prohibitio facta est, est obligatorium, & confirmat rem de qua agitur. *Auth. sacramenta. C. Si adu. vendit.*

Tertiò aduersatur *l. 1. §. si parens. ff. Si à paren.* quis man. in qua lege filius certis rebus datis patri pactus est, ne pater extrema sua iudicia inquietaret, & dicitur ibi, hoc pactum de non succedendo valere, licet non sit iureiurando confirmatum. Resp. Ibi filius tantum dedit patri, quantum sufficit ad legitimam: itaque pater excluditur à successione filii, non propter pactum, sed quia tantum accepit, quantum sufficit ad legitimam. Lex enim statuit, vt citra vllam pactionem legitima relicta liberis vel parentibus excludat querelam inofficiosi. *l. si non mortis. 25. ff. de inoff. testa.* Filia tamen enormiter læsa, non obstante renunciatione iurata, potest ex capite enormis læsionis contrauenire renunciationi, petita prius absolutione à iuramento, *l. si superstiti. C. de dolo. Maran. in spec. aur. disp. x. num. 42.* vt quia pater in bonis habebat decem millia aureorum, & filia acceptis in dorem ducentis, renunciauit hereditati paternæ. *Ferra. in for. libel. ad pœnam ex compro.* Ratio est, quia magna & enormis læsio inducit præsumtionem doli, & consequenter rescissioni renuntiationis locus est. *l. omnes. §. Lucius. ff. Quæ in frau. cred. Mins. cent. 5. Obs. 59. & 60.* vbi notat secundum hanc sententiam in Camera imperii pronuntiatum. Quod tamen fallit, nisi mulier sciens hæreditatis æstimationem, sponte & ex certa scientia renuntiauit, nam tunc non restituitur contra renuntiationem, quia scienti & volenti non fit iniuria. *c. scienti. de reg. iur. in 6. Communis est DD. opinio, teste Viuius in com. opin. in loco. Mulier. Secyn. in fallent. reg. 194. fall. 4. & 6.*

ASSER-

ASSERTIO XVI.

Socer de dote conuentus , tantum in id quod facere potest, tenetur.

QUÆSTIO magna est, de socero de dote conuento, an priuilegium ei tribuatur, vt quatenus facere potest, condemnatur? Est autem socer vel mariti, vel vxoris pater. *l. 4. §. gradus. ff. de grad. & affin.* Et aduersus vtrumque actio esse potest, aduersus patrem mariti de dote repetenda, quæ filiofam. soluta est: aduersus patrem vxoris, de dote, quam ipse genero promisit. De mariti patre constanter traditum est, eum in id quod facere potest, esse condemnandum. *l. rei iudicata 15. §. socero. ff. Sol. matr. l. sicut autem 21. ff. de re iud.* Ratio est, quia parentibus id beneficium competit, socer autem parentis loco est. *l. quia 16. ff. Sol. matr.* De mariti socero, id est, vxoris patre, maior est controuersia. Paulus enim in *l. ex diuerso. ff. Sol. matr.* hoc beneficium ei competere scribit, quod in *l. 21. ff. de re iud. negat.* Quas leges in *d. l. ex diuerso*, Duarenus sic conciliat, vt ex duabus vnam faciat, vt hic sit sensus, Neratio & Proculo æquum visum fuisse, socerum à marito conuentum, in id quod facere potest, condemnari; sed vsu aliter receptum est, id est, non probari hanc æquitatem vulgò. Quæ conciliatio plus habet subtilitatis, quàm vtilitatis. Magis placet solutionem ex alio responso Pauli petere, quod extat in *l. penul. ff. de iur. dot.* vbi ita hæc conciliantur, vt scilicet, si constante matrimonio maritus à socero dotem petat, socer tantum in id quod facere potest, sit condemnandus, soluto verò matrimonio in solidum, *l. sed hoc ita 22. ff. de re iud.* Ratio est, quia affinitates eas tantum accipere debemus, quæ durant, non quæ aliquando fuerunt. Vnde dirempta affinitate, quæ causam dedit huic priuilegio, expirat quoque priuilegium. *l. 3. ff. de postul.* Quod ita tamen demum verum est, nisi aliqua fraus in socero arguatur, vt scilicet, cum sciret se soluendo non esse, ampliorem dotem promiserit genero, quàm præstare posset, vt hac fraude eum ad matrimonium cum filia sua contrahendum induceret, tunc enim ab hoc priuilegio arcebitur. *Costal. in d. l. pen. ff. de iur. dot.* vbi notat hac admissa distinctione multa Ictorum responsa simul iuncta conuenire. Quod & Zazius lib. 1. singul. intellect. probat & amplectitur.

ASSERTIO XVII.

Necessarias impensas quilibet tam bonæ quàm malæ fidei possessor deducit. Vtiles bonæ fidei possessor deducit: Malæ vero fidei possessor easdem aufert, siquidem sine læsione status prioris rei auferre potest.

PROBATVR hæc decisio per *l. domum. C. de rei vend.* vbi Gl. & D D. omnes communiter ita statuunt. Et quidem de necessarijs impensis, quòd eas indistinctè malæ fidei possessor deducat, nulla dubitatio est. *d. l. domum.* quia sibi imputaretur, si non faceret. Nam si quid quod necessario faciendum erat, omittat, & damni hinc aliquid existat, tenetur illud malæ fidei possessor domino refarcire. *Bart. in l. in fundo. ff. de rei vend.*

De vtilibus impensis tantùm mouetur controuersia; sed verior est sententia, bonæ fidei possessorem eas omnimodò deducere, malæ autem fidei possessori vtilis impensas, quod sine structuræ detrimento fiat, tollere tantùm permitti, hoc est, malæ fidei possessor vtilis impensas quidem detrahit, sed non consequitur earum æstimationem. *Meno. de recup. posses. remed. 15. num. 513. & in arbitr. iud. quæst. lib. 2. cent. 3. quæst. 58. Eleganter Anto. Fab. lib. 2. coniect. Iur. c. 4.* vbi omnino solidissimis rationibus & argumentis hanc sententiam amplectitur, & tuctur.

Sed obijcitur §. *ex diuerso. Inst. de rer. diui.* & *l. adeò 7. §. ex. diuerso. ff. de acq. re. dom.* vbi dicitur, quòd malæ fidei possessori nulla competat impensarum deductio. Hanc antinomiam communiter D D. tali distinctione temperant. Aut malæ fidei possessor fecit impensas in reficiendo, seu fulciendo, & tales impensas vtiliter repetit. Aut de nouo ædificando vtiliter aliquid impendit, & tunc non deducit impensas: quia si de nouo ædificium extruxit, sciens aream esse alienam, nec causam habet à domino, tunc omne quod impendit, donasse videtur. *Cantiun. ad d. §. ex diuerso. Alci. ad l. impensa. de ver. sign.*

Baldamus & Cuiatius in d. §. ex diuerso melius & verius sentire videntur, videlicet quòd stricto iure malæ fidei possessor repetitionem vtilium impensarum non habeat, cum videatur donasse, cò quod temerè ædifica-

vit in

in eo solo, quod intelligebat esse alienum: ex æquitate verò denegari auxilium non posse, siquidem impensæ quæ factæ sunt, sine læsione detrimento rei auferri possint: & sic intelligitur. *d. l. domum, & l. in fundo. ff. de rei vend.* Quam distinctionem probat *IC. in l. plane 38. ff. de her.*

Secundò obijcitur *Lin fundo. 39. ff. de rei vend.* vbi bonæ fidei possessori permittitur tantum utiles impensas tollere, non ergò plenè consequitur quod impensum est utiliter; quia tollere tantum potest id, quod sine læsione status prioris rei auferre potest, non verò consequitur utilium tantum æstimationem Distinguendum. Aut dominus est diues, qui potest sine graui detrimento utiles expensas reddere, & tunc reddet præstas expensas. *tex. in d. l. in fundo. vers. finge pauperem* sumto argumento à contrario sensu. Aut dominus est pauper, & tunc non cogitur utiles impensas reddere, sed bonæ fidei possessori permittitur, eas tantum auferre, sine læsione rei tolli possunt. *Bart. in d. l. in fundo.*

Tertiò obijcitur *l. si seruus seruum 27. §. si olimam. ff. ad l. Aquil.* vbi qui in alieno fundo segetem defecuit, vel maturas vvas collegit, non repetit impensas factas, cum tamen sint utiles impensæ. *Resp.* Ideò ibi non retentur sumptus, quia qui fecit sumptus, non possidebat fundum, ex quo percepit fructus, ideoque donare censetur impensas, quia sens in alieno fecit. *Cuiac. lib. 10. Obsc. c. 1. Sarmien. lib. 1. select. interpret. c. 10.*

Illud notandum est, quòd bonæ fidei ædificator, qui est in possessione ædificij, si conueniatur, habet exceptionem doli pro retentione impensarum. Si verò à possessione ceciderit, actionem nullam habet. *l. Titius 14. ff. de excep. dol.* Ratio est, quia actio oritur ex obligatione: illum autem negotium hoc casu inter dominum & ædificantem geminum est, nihil vtrò citroque contractum est, proinde nulla obligatio & actione dominus tenetur. *l. si in area 33. ff. de cond. inde.* Martinus autem vetus Glossator dat bonæ fidei possessori ex æquitate actionem, *de Azone in sum. C. de rei vend. num. 26.* Quod probat & sequitur *Casiren. d. l. si in area*, vbi notat ædificanti bona fide in alieno solo, de rigore legis non concedi actionem, sed ex æquitate competere actionem in factum, *ex l. si & me & Titium. ff. Si cer. pe.* & refert se ita consuluisse in causa eiusdem Florentini. *Hiero. Franc. ad l. culpa 36. de R. I.* Quinimò si per errorem bonæ fidei possessor prædia restituit, non deductis sumtibus, datur ei condictio incerti, id est, condictio possessionis, cuius retentione locus seruare poterit. *l. si vxor filio. ff. de don. int. vi. & vx. l. qui exceptione n. pars. ff. de cond. inde. l. heres 21. ff. ad S. C. Trebel. Cuiac. lib. 10. Obsc. c. 4. Ferras.*

in for. resp. rei conuen. Dissentit Anto. Fab. in error. pragmat. decade 25. erro. 9. & 10. vbi tradit nullam competere actionem ei qui in alieno ædificauit, ad repetendas impensas.

ASSERTIO XVIII.

Tutor filijs datus, nepotibus datus non censetur.

HÆc assertio expressè traditur in l. 5. & 6. ff. de test. tut. & §. ult. Inst. Qui testa. tuto.

Obijcitur l. liberorum 220. ff. de V. S. vbi dicitur filiorum appellatione nepotes contineri. Resp. Hoc non ex significatione & proprietate verbi, sed ex mente & voluntate loquentis accipiendum est, scilicet cum id sensit is, qui de filijs locutus est, nam ex verbi significatione & proprietate, aliter filij, aliter nepotes appellantur. d. l. 6. Deinde cum hac exceptione ait Callistratus in d. l. 220. filiorum appellatione ex mente parentis nepotes contineri, nisi voluntas testatoris aliter se habet. Quod autem tutore filijs dato, non contineantur nepotes, id etiam procedit ex voluntate & sententia testatoris, tum ne nimis onerentur tutores, qui fortè non possint sufficere omnibus pupillis tuendis, tum quia non expedit eundem tutorem dari filijs & nepotibus, quia fieri potest, vt omnium administrationi non sufficiat. Adde quòd nihil nocebit nepotibus, eundem tutorem ipsis non dari, quia poterit nepotibus, cessante testamentario tutore, per iudicem de tutore prouideri. Donel. lib. 3. com. c. 4.

Secundò obijcitur l. si filius. C. Ad S C. Maced. vbi dicitur, quòd licet S C. Macedonianum loquatur tantum de filijs, tamen etiam locum habet in nepotibus constitutis in potestate. Resp. In fauorabilibus, & quando manifesta vtilitas hoc suadet, nomen filiorum etiam ad nepotes & pronepotes extenditur; vt in S C. Macedoniano, quod fauore filiorum fam. introductum est, ne ex mutuo sine voluntate patris accepto teneantur. Item cum filijs aliquid legatur, deficientibus filijs, etiam nepotibus debetur. d. l. liberorum. Continus ad d. §. ult. Sic etiam si pater filios instituit heredes, præmortuis filijs, nepotes ex ijs relictis instituti quoque censentur. l. Lucius 85. ff. de her. inst. Alcia. ad l. filij. 84. ff. de V. S. Planè in hac questione, An filiorum appellatione contineantur nepotes, hæc etiam communiter adhibetur à DD. distinctio. Aut filij nominantur à Lege, & tunc sub ijs continentur quoque nepotes. l. filium 14. ff. ad S C. Maced. vbi S C. Macedoniam, quod vetat filijsfam. pecunias mutuas dare, etiam extenditur ad nepotes. Aut ab homine puta à testatore, vel contrahentibus filij

filij appellantur, & tunc non continentur nepotes. d. l. 6. ff. de testa. tute. Hanc distinctionem tradit *Alcia. ad d. l. filij. ff. de verb. sign. vbi tamen eam certis in casibus limitat & restringit.*

ASSERTIO XIX.

*Suspectus tutor ob latam culpam remotus,
non fit infamis.*

CONFIRMATVR hæc thesis euidentibus & apertis verbis in §. *suspectus. Inst. de susp. tuto. l. 3. §. vlt. ff. eo. l. vlt. C. eod.* vbi dicitur, quod tutor ab dolum remotus fiat infamis, non verò ob negligentiam.

Contrarium, quòd ob latam culpam remotus tutor fiat infamis, probatur ex l. 1. §. 1. ff. *Si men. fal. mo. l. quod Nerua. 32. ff. de pos. l. 1. §. is quoque. ff. de obl. & act.* vbi dicitur quòd lata culpa dolum sit, & in doli crimen incidat, doloque planè comparetur. Igitur sicut ob dolum suspectus tutor fit infamis, sic quoque ob latam culpam. Resp. In pœnis pecuniarijs & ciuilibus, lata culpa pro dolo habetur, l. 2. §. non aliàs ff. *Si quis test. lib. esse ius.* sed quando infligenda est pœna corporalis vel infamiæ, lata culpa doli nomine non continetur. l. in lege. 7. ff. *Ad l. Corn. de sic. fama enim & vita hominis equiparantur. l. iusta. ff. de manum. vind. l. isti quidem 8. ff. Quod met. cau.* vbi dicitur, quod infamiæ metus viris bonis maior esse debeat, quàm mortis.

Secundò aduersatur huic sententiæ, quòd tutor dicitur integra existimatione abire à tutela, si ob segnitiam à tutela remoueat. l. 3. §. vlt. ff. de susp. tuto. Ergo à contrario colligitur; quòd si ob latam negligentiam remoueat, fiat infamis. Segnitiei enim & desidii appellatione absolutè posita, solent I Cti leuem culpam demonstrare. l. contractus. de R. I. Baro ad d. §. suspectus. Resp. Probabilis hic videtur Zazij & Mins. distinctio, quòd lata culpa alia sit versutiæ, alia ignauix. Culpa versutiæ est, cum quis ex versuto & malo animo res alienas affectata segnitie negligit, cum in rebus suis curandis & custodiendis prouidus sit & diligens. Exempla sunt in d. l. quod Nerua. l. idemq. 10. §. generaliter. & l. si fideiussor 29. ff. Manda. Hæc culpa vbique dolo comparatur, & pari iure cum dolo censetur. Culpa ignauix, est supina & nimia negligentia, vt si quis ignoret, quod omnes homines sciunt & intelligunt. l. lata culpa 223. de V. S. Hæc lata culpa ignauix dolo non comparatur, vt quæ plus habet stultitiæ & inscitix quàm malitiæ. Mins. ad d. §. suspectus. Dissenti Corras. lib. 4. Miscell. c. 2. nu. 8. 9. & 10. vbi decidit tutorem ab latam culpam remotum à tutela, tanquam suspectum, existima-

existimationis notam incurrere, & famæ iacturam facere. Cui ad stipulatur
Donel, libr. 18. comment. c. 8. Duare. ad l. 5. ff. de in lit. iur.

A S S E R T I O X X .

*Testamenti factio Iuris Ciuilis potius est,
 quàm gentium.*

TESTAMENTVM iure ciuili originem habuisse, & introductum esse
 tenet Bart. in l. ex hoc iure. ff. de iust. & iur. Castren. in l. 3. ff. de testa. & nouissi-
 mè Anton. Faber. in error. pragmat. dic. de 36. errore 2. Idque probatur pri-
 mò ex §. sed cùm paulatim. Inst. de test. ord. vbi dicitur ius testamentorum
 tripartitum esse, & referri partim ad ius ciuile, partim ad ius prætorium,
 partim ad constitutiones principum, neque sit vllius testamenti à iure
 gentium introducti mentio. Secundò probat hoc l. verbis legis 228. de V. S.
 vbi dicitur heredum instituendorum facultatem à legibus xii tab. datam
 esse, ergo testamentum est iuris ciuilis, cùm heres nili in testamento insti-
 tui non possit. §. ante heredis. Inst. de lega. Tertiò probatur ex eo, quòd depor-
 tati non amittunt ea, quæ sunt iuris gentium. l. quidam. ff. de pæn. sed nec te-
 stamentum facere, nec heredes institui, nec ex testamento capere depor-
 tati possunt. l. 1. C. de her. inst. l. eius qui 8. ff. Qui test. fa. pos. l. 1. §. hi quibus. de leg. 3.
 Ergo testamentum non est iuris gentium. l. 2. C. de bo. proscip. vbi dicitur,
 quòd deportatus moriens non relinquit heredem. Quartò adducitur for-
 tissimis tex. in §. ult. Inst. de vfu. & habit. vbi testamentum ponitur inter mo-
 dos acquirendi dominij iuris ciuilis.

Verum DD. communiter statuunt, quòd testamentum sit origine iuris
 gentium, forma autem iuris ciuilis. Vigl. ad §. 1. Inst. de test. ord. DD. in l. 1. &
 l. interdum. ff. de cond. inde. Adducunt pro hac opinione c. 25. & 27. Genes. vbi
 vbi Abraham reliquit omnia sua bona Isaac post mortem: filiis autem
 concubinarum largitus est munera, & sic Abraham testamentum fecisse
 videtur: item Isaac dedit hereditatem suam Jacobo, excluso Esau. Resp.
 quòd hi patres non forma testamenti, sed benedictione, & alio quouis
 modo bona sua reliquerunt liberis. Illa enim vltima voluntas non dice-
 batur testamentum, cùm testamentum sit à iure ciuili postea introdu-
 ctum. Quoties enim ius ciuile actui alicui nomen & formam tribuit, ille
 actus censetur iuris ciuilis, vt patet in stipulatione, quæ quia formam &
 nomen à iure ciuili accepit, iuris ciuilis esse dicitur. §. de constituta. Inst. de
 act. l. 1. ff. Loca. Sic testamento ius ciuile dedit formam & nomen. §. 1. & 2.
 Inst.

Inst. de testa. ord. ergo à jure ciuili introductum est. Quod autem juris gentium non sit, probatur ex eo quoque, quod omnes gentes testamentorum vsum non obseruauerunt. Sic apud Germanos jus testandi in vfu non fuisse Tacitus scriptum reliquit. Sic enim scribit Tacitus de moribus Germanorum. Apud Germanos nullum olim fuit testamentum. Rudis enim tunc temporis hæc erat natio, & secreta literarum viri forminæque pariter ignorabant: itaque successores apud ipsas erant sui cuique liberi.

Multum autem prodest inuestigare, vtrum iure ciuili, an gentium testamentum sit introductum: quia si statuimus esse iuris ciuilis, poterit statuto disponi, quod nemo possit testamentum condere; prout in Ducatu Geldriæ vfu obtinet, in quo nulli de rebus immobilibus testamentum condere licet. Si verò dicimus iuris gentium esse, non poterit statuto tolli testamenti factio, quia iura ciuilia possunt tolli lege vel statuto, cum iura gentium iure ciuili mutari & abrogari nequeant. *S. pen. Inst. de iur. natu.* Huc aptè refertur, quod notat *Vigl. ad §. vlt. Inst. de hered. instit.* quod Franci ioc iure hodie vtuntur, vt si quis non est origine Francus, quem ipsi Albi-um, quasi alibi natum dicunt, is testandi facultate apud eos caret, prætertim in bonis, quæ illic in Francie possidet. *Pulchre Tobias Nonius ad tit. Inst. de testa. ordin. Alcia. ad l. nihil 24. de V. S. Eleganter Sichard. ad l. si testamentum. c. nu. 7. C. de testam.*

ASSERTIO XXI.

*Filiusfam. ne de illis bonis aduentitijs quidem, quorum
vusufructus patri non quæritur, testari potest,
contra V A V D V M.*

PROBATVR hæc sententia in *l. pen. C. Qui testa. fa. pos.* Adhæc quod filius de aduentitijs bonis testari nequeat, non ea causa prohibitionis est, quod eorum usufructus ad patrem pertineat, sed quod ius testandi tribuatur iure publico, & legibus *x i i. tab.* Hæ autem leges ita carent. Paterfam. vt super pecunia tutelæ suæ legasset, ita ius esto. Hoc *x i i. tab.* postea Impp. ita coarctarunt, vt filiofam. in bonis castrensis & quasi, ius testandi concefferint: in reliquis ergo bonis manet ius etus immutatum.

Obiicitur primò quod traditur in *l. filiusfam. 9. ff. De his qui sui iur. sunt*, quod filiusfam. in publicis causis loco patrisfam. habeatur. Atqui testa-
menti

menti factio est iuris publici. *l. 3. ff. testa.* Ergo filiusfam. etiam potest de bonis aduentitiis, quæ pleno iure ad eum pertinent, testamentum facere. Resp. Lex. x i i. tab. expressè requirit, vt paterfam. sit, quid de sua pecunia testatur. Sic enim habent verba legis x i i. tab. Paterfam. vt legassit super pecunia tutelæ suæ, ita ius esto. Quod verò attinet ad legem contrariam, quod scilicet filiusfam. in publicis causis habeatur pro patrefam. hoc verum est, vt lex ipsa declarat in publicis muneribus & officiis, vt scilicet possit filiusfam. non minus ac paterfam. magistratum gerere, tutelam, ac reliqua publica munera subire.

Secundò grauiissimè obstat *l. ult. §. filius autem familias. C. de bo. quælibet. vbi* disertè statuitur, in iis tantùm bonis, in quibus patti quæritur vsusfructus, filiumfam. testari non posse. Ergo à contrario sensu, in aliis bonis aduentitiis, quæ in solidum ad filium pertinent, permittitur illi testamenti factio. Sed respondetur, hac restrictione excipi sola castrensia & quasi castrensia bona, quia eius constitutionis tempore vnicus tantùm casus bonorum aduentitiorum extabat, quo vsusfructus patri non acquirebatur, & in quo testamenti factio considerabilis erat, nimirum quando filius sine patris consensu hereditatem adisset. Atqui in *d. l. penul. C. Qui test. fac. pos.* disertè expressum est, non licere hoc casu filiofam. testari: ait enim Justinia. siue sine patris consensu bona possideant, siue cum eius voluntate, non permittimus filiisfam. testamenta facere. Licet autem plures species bonorum aduentitiorum postea repertæ sunt, quibus vsusfructus patri non quæritur, tamen in omnibus hisce speciebus vigore *d. l. penul. filiofam.* testandi licentia denegatur, quia *d. l. penul.* vna est ex 50. constitutionibus, quæ emendat *d. l. ult.* Per 50. enim constitutiones tanquam nouissimas Codicis leges, veteres constitutiones eidem Codici insertæ reformantur. Vnde ex constitutione *d. l. ult.* malè colligunt DD. quod filiusfam. de bonis aduentitiis, quorum habet plenam proprietatem, testari possit, cum per *d. l. penult.* emendetur asserta *l. finalis.*

Nihil facit ad confirmationem contrariæ opinionis *§. 1. No. Vt lic. matri & auiæ*, vbi dicitur, filiofam. de eo cuius patri non quæritur vsusfructus, licere disponere: disponendi autem verbum videtur ad ius testamenti pertinere. Nam hoc dissoluit Græca lectio. Neque enim Imp. vsus est verbo διατίθεσθαι, sed διοικεῖν, quod significat administrationem inter viuos. Quapropter filius poterit aduentitia bona administrare inter viuos, & in contractibus, non autem de iis in vltima voluntate disponere, quod sequentia Nouellæ verba manifestè demonstrant. *Cuius. ad No. 117. Vigl. ad §. 1. Inst. Quib. non est perm. fa. test.*

Postremò obstat *l. Imperator 50. ff. ad SC. Treb.* vbi bona aduentitia, in quibus

quibus pater nullum habet vsumfructum, comparantur peculio castrensi. Atqui filiusfam. de peculio castrensi testamentum facere potest. Ergo, &c. Resp. Comparantur aduentitia bonis castrensibus, quoadiu viuit filius, ideoque mortuo filio in potestate, etiamsi de ijs testatus sit, redeunt ad patrem, quia ipso iure nullum est testamentum de bonis aduentitijs, quæ pleno iure filiofam. acquiruntur. Scitè. *Cuiac. ad l. 6. ff. Qui test. fac. pos. & lib. obser. 27. c. 5. Fachin. lib. 5. contro. c. 94.* Hanc etiam opinionem approbat *Speculator pater practicum in t. r. de instr. edit. 13. nu. 13.* ubi inquit. Filiusfam. non potest testari de rebus aduentitijs sibi ita relictis, ne ad patrem perueniat vsumfructus, idque ob hanc rationem, quia testamentum est iuris publici. Dissentiunt *Vandus lib. 1. quest. iur. c. 1. Gothof. ad l. 3. §. 1. C. Qui test. fac. pos.*

Postremò notandum, quod cum Franci non habeant liberos in potestate, secundum *glos. in verb. Romanorum. Inst. de pat. pot.* quod propterea filiusfam. Franci etiam testari poterunt de bonis aduentitijs: quia cum non viuant legibus Romanis & potestas patria propria sit ciuium Romanorum, vt dicitur in *§. ius autem. Inst. de pat. pot.* ideo poterunt testari, quod dicit *Baldus in vers. c. vnic. An marit. succed. vxor. in benef. esse* bene notandum, quia in Italia quæ est ipsorum sepulchrum, sæpè moriuntur. Ita tradit *Cattell. Cotta in memor. in verb. Francigena.* ubi dicit etiam hoc extendi ad Venetos, quia non sunt legibus Romanis adstricti.

ASSERTIO XXII.

*Contractus in testamento fieri non possunt contra
communem DD. opinionem.*

PROBAT hanc assertionem *l. heredes palam. §. ult. ff. de testa. l. cum antiquitas. C. eo.* ubi dicitur testamenta vnico contextu fieri debere, nullo actu extraneo interueniente. *fa. l. duos. reos. §. ult. ff. de duo. reis.* Atqui contractus sunt actus planè alieni & diuersi à testamento, & toto genere inter se distinguuntur. Nam testamenta vsque ad mortem possunt renocari. Atqui à contractibus semel initis non licet alterutri contrahentium inuito altero recedere. *l. 4. ff. de adi. lega. l. sicut. C. de obl. & act.* Huc facit *l. verba 20. ff. de V. S.* ubi dicitur, verbum contrahere non pertinere ad ius testandi.

Contrarium tamen communi sententia DD. receptum est, quæ certè

opinio defendi posse non videtur; cum nulla lege fulciatur. Adferunt DD. hæc argumenta. Primò quod assignatio libertorum fieri possit testamento. *l. assignare. ff. de assign. liber.* Sed respondeo, quod testator assignando libertum, cum alio non contrahat, sed tantum suam voluntatem sine contractu declaret.

Secundò obiicitur, quod testamento pignus possit constitui. *l. non est mirum. ff. de pig. act.* Item quod testator iurciurando heredem adstringere possit ut aliquid faciat. *l. cum pater 77. §. filius. de leg. 2.* Resp. Tum demum pignus rectè testamento constituitur, quando pro eo, quod in testamento relictum seu legatum est, conceditur: tunc enim ad id quod in testamento agitur, pertinet. *l. Lucius x 1. ff. de ali. lega.* Quod vero de iuramento additur, nihil ad rem facit, quia iuramentum non est contractus, sed declaratio voluntatis, inuocatione diuini nominis confirmata.

Tertiò obiicitur *l. etiam. ff. de inoff. test.* ex qua donationem causa mortis testamento fieri poste colligitur. Resp. Ibi donatio causa mortis induit naturam fideicommissi. Nam olim donatio causa mortis traditione vel stipulatione demum, hodie etiam nuda conventionione perficitur. *l. si quis argentum. §. sin autem. C. de dona.* Et sic cum donatio causa mortis olim non erat contractus, potuit & testamento fieri, præsertim cum hæc donatio instar legati obtineat. *l. etsi 17. ff. de don. cau. mor. Vigl. ad §. sed cum paulatim. Inst. de test. ord.* Vel respondendum breuius & apertius, quòd donationes causa mortis non rectè inter contractus numerantur, quia Iustinianus eas planè legatis comparauit. *l. vlt. C. de mor. cau. dona. Hotom. ad d. l. heredes. §. vlt.* Hanc opinionem, quod contractus in testamento celebrari & expediri non possint, sequitur & approbat quoque Tobias Nonius doctissimus I C. ad princip. tit. Inst. de testam. ordin. num. 56. & 57. Dissentiunt communiter DD. Covarru. in rubr. de testam. nu. 17. Boër decis. 353. nu. 4. Lorient. de apicib. iur. tit. de test. ordin. nu. 25.

ASSERTIO XXIII.

*Filius emancipatus, sicut & frater, maritus, ministri,
rectè in testamento adhibentur testes.*

FILII qui sunt in potestate, item fratres qui in eiusdem patris sunt potestate, non possunt esse testes in testamento patris aut fratris. *§. in testibus. Inst. de testam. ord. l. qui testamento. ff. Qui test. fa. pos.* Vnde colligitur à contrario sensu emancipatos filios posse esse testes in testamento patris.

patris, item fratrem fratri emancipato condenti testamentum, testem esse posse. Ratio diuersitatis est, quia liberi in potestate, item fratres in eiusdem patris potestate reprobantur testes, eò quòd propter vinculum patriæ potestatis vna persona censentur. Inducit siquidem patria potestas fictionem quandam vnitatis, propter quam repelluntur à testimonio, quia videntur pro se ipsis testimonium ferre. §. *et verò. Inst. de iur. stip.* Sin verò filius est emancipatus, quia iam habetur pro extraneo, poterit in paterno testamento esse testis: cessat enim hæc vnitatis personarum. Vnde & alij domestici testes, vt fratres emancipati, maritus, in testamento vxoris, & ministri, rectè hic adhibentur testes. *l. respiciendum xi. ff. de pæn.* Ita notat *Castren. ad d. l. qui testamento. §. 1.* Approbant *Vigl. & Wesem. ad d. §. in testibus.* vbi contra *Bart. & DD.* hanc sententiam rectè defendunt.

Obijcitur *l. 2. C. de testib.* vbi dicitur, quòd domestici testimonij fides iure improbatur. Ergo domestici testes, vt sunt maritus, frater emancipatus, ministri non rectè adhibentur testes in testamento. Resp. Domesticus testis in testamentis intelligitur is, qui est in familia & potestate testatoris, non qui familiaris est testatori, vel cum eo habitat. Domesticum enim testimonium in testamentis, non ex cohabitatione, sed ex coniunctione vniõneque quæ per patriam potestatem contingit, æstimatur. §. *paper. & ibi Theop. Inst. de test. ord.* Domum enim pro familia & potestate sæpè accipimus. Sic suos heredes domesticos esse ait *Imp. in §. sui autem. Inst. de her. qua. & diff.* qui sunt in familia & potestate testatoris. Hi itaque domestici, qui sunt in potestate testatoris, tantum prohibentur esse testes in testamentis. Cæteri verò domestici testes, non prohibentur in testamentis, sed in iudicijs vel contractibus tantum. Ratio diuersitatis est, quia tunc prohibentur domestici, quando per eorum testimonium aliquid acquiritur ei pro quo producuntur, & de eius lucro agitur. Sed in testimonijs testamentarijs non agitur de commodo eius pro quo testes producuntur, sed tantum hoc spectatur, vt vltima defuncti voluntas exitum fortiatur, cui leges plurimum fauere solent. *l. vel negare. ff. Test. qu. ape.*

Secundò obijcitur *l. parentes. C. de testib.* vbi dicitur, parentes & liberos non posse sibi inuicem esse testes. Resp. Hoc intelligendum est, quando liberi volunt pro parentibus testificari, in eorum commodum, scilicet in actibus inter viuos, puta in contractibus, & delictis: quo casu repelluntur propter immodicam affectionem & beneuolentiam, qua non minus liberi sui, quam emancipati, parentes suos prosequuntur. In testamento autem patris, filij emancipati possunt esse testes, quia non testificantur in commodum patris, sed pro herede patris. *Castren. d. loco.*

Tertiò repugnant inter se *d. §. in testibus,* & *d. l. qui testamento. §. per contrarium.*

rium. Nam in §. *in testibus*, negatur in testamento filij de castrensi peculio testantis, patrem & fratrem esse testes, quod in §. *per contrarium*, euidenter affirmatur. Resp. §. *in testibus* intelligendus est, quando filius facit testamentum iure communi, id est, post missionem à militia. Tunc enim pater non potest esse testis, ideoque addit Imp. in d. §. *in testibus*. post missionem. Sin autem in expeditione & in castris filius testetur, quia tunc iure militari, & citra omnem solennitatem testatur, patris testimonium admittitur. Ita intelligendus est §. *per contrarium*.

ASSERTIO XXIV.

Ex imperfecto testamento nihil debetur, nisi adiecta sit clausula codicillaris.

EX scriptura imperfecta testamenti nihil omnino debetur, imò neque codicillorum quidem vim habet testamentum imperfectum. l. *ex ea* 29. ff. *Qui test. fa. pos. l. fideicommissa* 11. §. 1. de leg. 3. Idem traditur in l. 1. ff. de *Iu. cod. l. si veritas* 23. & l. *ex testamento* 29. C. de *fideicom.* Fallit hæc conclusio, nisi adiecta sit clausula codicillaris testamento, hoc modo: Si non valet hæc dispositio tanquam testamentum, valeat instar codicillorum, vel cuiuscunque alterius ultimæ voluntatis. Hæc enim clausula operatur, ut relicta in testamento imperfecto, debeantur ab heredibus ab intestato. l. 3. ff. de *mil. test. l. coheredi. §. cum filie. ff. de vulg. subst. l. ult. C. de codic. d. l. ex ea. tex. elegans in l. Lucius* 88. §. *ult. de leg. 2.* Quando igitur clausula codicillaris adiecta est testamento, tunc non solum legata, sed & institutiones heredum conseruantur. Itaque heredes proximi ab intestato non solum legata præstabunt hoc casu, sed etiam iure fideicommissi hereditatem his restituere tenentur, qui sunt scripti in minus solenni testamento, deducta tamen quarta Trebellianica: arg. l. *postumus. §. ult. ff. de inius. rup. irr. l. si quis priore* 29. ff. ad *S. C. Treb. Accur. & Castren. ad d. l. ex ea.*

Obijcitur huic decisione l. *iubemus. §. quod si non fuerit. C. de testa.* vbi Iustinianus statuit, si testator quorundam heredum nomina nuncupauit, & quorundam reticuit, tunc ex testamento imperfecto hi soli succedent, qui nuncupati sunt: quæ l. *pugnat cum l. si is qui* 25. ff. *Qui test. fa. pos.* Resp. Dissimilis est illa species à specie in l. 25. proposita. Nam in l. 25. testator cum per nuncupationem testamentum facere vellet, non omnes heredes nuncupauit. At in d. l. *iubemus*, cum testamentum faceret in scriptis, omnes quidem quos voluit instituit heredes, sed non omnium heredum nomina propria

propria manu subnotavit, vel viva voce nuncupavit; quod ibi Justinianus primum introduxit. Itaque totum testamentum ibi non rumpitur, sed tantum qui nuncupati voce testatoris non sunt, vel manu eius subnotati, ab hereditate repelluntur. *Cuiac. ad. d. l. si is qui.*

Secundo obijcitur *l. ult. ff. de in. cod.* vbi videntur ex testamento imperfecto legata deberi. Resp. In illa *l.* testamentum nuncupativum fuit conditum, in quo nuncupatus est heres, sed & codicilli præterea scripti sunt, & in illis legata relicta. Separatim igitur testator fecit testamentum nuncupativum, & codicillos in scriptis: ex testamento defertur hereditas, ex codicillis legata debentur.

Tertiò opponitur *l. Titia 13. ff. de inoff. test.* vbi ex testamento inofficioso, cui adiecta erat clausula codicillaris, legata non debentur. Resp. Ex testamento rupto per querelam inofficiosi, nec legata nec fideicommissa debentur. Idque ideò fit, quia cuius testamentum tanquam inofficiosum condemnatur, pro demente habetur, nec intelligitur habuisse testamenti factionem, *l. nec fideicommissa 36. de leg. 3.* Atqui qui testamenti factionem non habet, nec codicillos, nec fideicommissum relinquere potest. *l. 2. de leg. 1. Cuiac. ad d. l. ex ea. Bart. ad d. l. Titia.* Postremò notandum, quod testamentum agnatione postumi præteriti ruptum, non sustineatur in vim fideicommissi per clausulam codicillarem. Vnde postumus virtute huius clausulæ non tenebitur ab intestato restituere hereditatem scriptis heredibus, retenta sibi quarta Trebellianica, vel legitima. *arg. l. 1. C. de codic. l. si cum vel in utero 10. C. de test. mil.* Ita post Bart. tradunt *Gail. 2. Obs. 14. Fachin. lib. 4. contro. c. 12.* qui notant Bartoli opinionem esse veritatem, & hodie magis communem.

Sed opponitur *l. ult. C. de codic.* vbi dicitur, quod per clausulam codicillarem testator videtur velle, ut in testamento disposita valeant saltem in vim fideicommissi, si testamentum quocunque modo infirmetur. Itaque cum ob postumi præteritionem testamentum rumpatur, videtur postumus tanquam proximior, & heres ab intestato, quasi ex codicillis rogatus per fideicommissum restituere hereditatem scriptis heredibus. Resp. Clausula codicillaris nihil operatur in ijs casibus, in quibus defectus est voluntatis. Sed quando testator ignoranter præterijt postumum, non censetur tempore testamenti de eo cogitasse. Ideoque non censetur virtute clausulæ codicillaris, filium de quo nihil cogitavit tempore testamenti, à sua hereditate excludere voluisse. *arg. l. cum acutissimi. C. de fideicom. l. generaliter C. de inst. & substit.* Generalis illa in certa & vaga cogitatio, quæ ex adiectione clausulæ codicillaris colligitur, non extenditur ad ea quæ verisimiliter testator non statuisse, vel de quibus non cogitaverat.

Secundo

Secundo obijcitur *l. 3. §. sed etsi post. l. conficiuntur 8. §. si post. l. ab intestato 16. ff. de iur. cod.* vbi dicitur, quod postumus natus non rumpat codicillos, & fideicommissa præstare teneatur. Resp. Postumus non rumpit codicillos, quia in ijs hereditas nec directò datur, nec sibi adempta censetur. Neque enim dari aut adimi directò hereditas codicillis potest. *§. codicillis. Inst. de codic.* At hic agitur de testamento, in quo alij postumo præterito instituti sunt heredes. Hoc postumus cum rumpat, non cogitur illud obliquè exequi, vt scriptis in testamento heredibus per fideicommissum restituat hereditatem.

ASSERTIO XXV.

Nemo potest pro parte testatus, & pro parte intestatus decedere.

REGULA hæc expressè traditur in *l. 7. ff. de R.I. & in §. non autem. Inst. de hered. inst.* Hinc si quis in vna re, puta domo seu fundo heres institutus sit, omnium rerum heres futurus est, si plures sunt res hereditariæ. *l. 1. §. si ex fundo. l. ex facto 35. ff. de here. inst.* ac si testator ex vna re certa heredem instituens, videatur in omnes instituisse, ne decedat pro parte testatus & pro parte intestatus. Idem dicendum, si ex vna parte assis heres quis instituatur: nam & ille totam hereditatem obtinebit iure accrescendi. *l. interdum 13. §. 1. ff. de here. inst.*

Obijcitur *l. nam & si 15. §. ult. & l. circa 24. ff. de inoff. test.* vbi dicitur, si filius mota inofficiosi querela contra vnum scriptum heredem obtinuit, & ab altero victus est, quòd testamentum pro parte valeat, & pro parte non valeat, & quòd testator pro parte testatus, & pro parte intestatus decedat. Resp. Hoc ex post facto accidit, vt testamentum pro parte per querelam inofficiosi rescindatur. Atqui præsens assertio ita accipienda est, quòd ab initio testator non possit legitimè testamentum condere, vt de aliqua parte bonorum testetur, de aliqua verò non.

Secundò obstat *l. quoties 9. §. si duo. ff. de her. inst.* vbi traditur, quòd valeat institutio heredis in rebus certis, quando testatoris voluntas manifestè suffragatur. Resp. Huic regulæ non est locus, quando testatoris voluntas manifestè est in contrarium, vt puta si testator scripsit Titium heredem in rebus certis, & adiecit se in reliquis bonis velle intestatum decedere, & prohibuit ne alia bona accrescant Titio heredi instituto. Tunc enim heredes ab intestato tenentur illas res, vel quotam hereditatis per fideicommissum

commisſum heredi inſtituto reſtituere. Teſtator enim poteſt ius accreſcendi prohibere. l. dominus 57. §. ult. ff. de uſufr. Ita tradit Bart. in d. §. ſi duo. per illum tex. Pulchrè Gomez. in var. reſolut. cap. de iur. accreſc. num. 10.

Denique aduerſatur, quod ſtatuitur in l. 2. C. de nat. lib. quòd ſi pater habens filios legitimos, filium naturalem inſtituit ex aſſe, vel maiori parte hereditatis, quòd tantum vnciam capiat ex bonis paternis, reliquum verò legitimis liberis, vel cæteris ſucceſſoribus ab inteſtato debeat. Reſp. Hæc definitio non procedit, quando ex qualitate perſonæ hæredis non poteſt quis in ſolidum hæres inſtitui: tunc enim defunctus poteſt pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus decedere. Verbi gratia, filius naturalis eſt capax ſucceſſionis paternæ ab inteſtato in vncia tantum, hic in ea parte inſtitui poteſt, & in reliquis bonis decedit pater ab inteſtato. Gomez. d. loco. num. 10. Poſtremò notandum quod hæc aſſertio tantum in paganis procedat, at verò aliud obtinet in militibus, nam hi pro bonorum teſtato, pro parte verò ab inteſtato decedere poſſunt. §. hereditas. Inſt. de hered. inſtit. l. ius noſtrum 7. ff. de R. I. l. ſimiles 6. & l. ſi duobus 37. ff. de teſt. milit. Idque ideò receptum eſt, quia in teſtamentis militum ſola voluntas ſpectatur, nullaque in ijs ſolennitas iuris deſideratur. Inſt. de teſt. milit. in princ.

ASSERTIO XXVI.

Præter XIV. cauſas Nouella Iuſtiniani expreſſas, nullam aliam ob ſimilem, aut grauioſam ingratitudinis cauſam, liberi exheredari poſſunt, contra communem DD. opinionem.

HODIE certæ ſunt cauſæ exheredationis ex iure Nouellarum: olim non erant certò definitæ, ſed æſtimabantur ex arbitrio Centumuiſorum. Itaque falluntur, qui alias cauſas his ſimiles, aut maiores excogitarunt, quibus licita ſit exheredatio liberorum: quia Imp. expreſſè in §. adhuc aliud, No. 115. conſtituit, nullas alias ingratitudinis ſeu exheredationis cauſas, quàm quæ ſua conſtitutione continentur, liberis opponi poſſe. Quòd ſiliceret hæc cauſas extendere, nihil opus fuiſſet enumeratione certarum cauſarum, & fruſtra diceret Imp. altercationem ſublata, ſi alias cauſas ingratitudinis liceret excogitare. Imò addit Imp. grauior cauſas à veteribus IC. prætermiſſas, quas tamen omnes ipſe perfectè

P p

compre-

comprehendit. Vnde sequitur, nullam extensionem hîc admitti. *Uigl. ad §. ult. Inst. de exher. liber.*

Doctores, qui ob similes aut grauiores causas liberos exheredari posse statuunt, ponunt exemplum in eo, qui læsæ maiestatis, aut perduellionis reus est, quasi grauius peccet, qui patriam aut Principem prodiderit vel læserit, quàm qui patrem offenderit; *l. minimè. ff. de relig.* Sed responderetur, quòd licitum est parentibus liberos exhæredare, non in vindictam criminis publici, sed vt iniuria priuata, quæ præcipuè parenti irrogatur, hac exhæredatione coërceatur. Crimen autem læsæ maiestatis, adulterij, falsi, & similia, publica crimina sunt, quibus communiter omnes homines offenduntur. Ideo quæ legibus publicis, & à quolibet è populo vindicantur, non sunt priuata aut ciuilia, hoc est, talia delicta, quibus patria pietas præcipuè offenditur. *Connan. lib. 9. Com. c. 10.*

Secundò opponitur *l. non possunt ff. de legib.* vbi dicitur, quòd iudex in casibus similibus ijs qui in lege expressi sunt, idem ius statuere debet. Resp. Hæc *Nouella 115.* introduxit has causas exhæredationis in pœnam ingratitude, & ideò odiosa est. Ideoque nequaquam extendenda est ad alios casus iu ea non expressos, præsertim cum Iustinianus extensionem prohibeat.

Tertiò opponitur *c. 1. §. porrò. Quæ sue. pri. cau. amic. benef. in Vfib. feud.* vbi habetur, quòd ex certis causis ibi enumeratis vasallus potest feudo priuari. & subiungit textus, quòd si alias graues & inhonestas iniurias vasalli domino intulerint, quòd feudum amittant. Resp. No. 115. absolute & præcisè loquitur, & excludit omnes alias causas præter illas xiv. Cuius verba sunt: *Vt præter illas nulli liceat ex alia lege ingratitude causas apponere, nisi quæ in huius constitutionis serie continentur.* Dissentit *Fachin. lib. 6. contro. c. 78.* Imò communis opinio DD. est in contrarium, quod scilicet liberi possint ob similes aut grauiores causas ingratitude à parentibus exheredari, à qua in practica non est recedendum. *Iul. Clarus in recept. Senten. §. testamentum. quest. 41.* *Nicolaus Everar. in locis Legalibus, in loco ab except. ad regulam.* *Menoch. celserrimus practicus. de arbitrar. Iudic. lib. 2. cent. 3. casu 267. nu. 6.* *SneideWinus ad Instin. cit. de exhered. liber.* *Gomez. tomo. 1. var. resolut. c. 11. nu. 12.* *Cuiac. ad No. 18. de trien. & semis.*

A S S E R-

ASSERTIO XXVII.

Prius testamentum perfectum, per posterius imperfectum non rumpitur.

CONFIRMATUR hæc assertio in §. pen. Inst. Qu. mo. test. infir. Ratio est, quia eadem solennitate testamenta reuocantur, qua conficiuntur, iuxta regulam l. nihil 36. ff. de R.I.

Obijcitur l. i. §. si heres. ff. Si tab. test. nul. exta. Vbi dicitur, si testator aliqua ratione mutauit voluntatem, hoc est, prius testamentum solenne, & voluit intestatus decedere, tunc testamentum prius censetur reuocatum. Resp. communiter DD. quòd tunc demum nuda & sola voluntate reuocetur testamentum, quando testator adiecit se idèd mutasse prius testamentum, quo intestatus decederet. Vigl. ad d. §. penul. Sed rectius Wesem. mihi videtur sentire in d. §. penul. quòd tunc demum voluntate testatoris mutetur testamentum, si testator aliquo facto mutationem declarauit, puta si sigilla incidit, vel scripturam testamenti cancellauit & deleuit: quia maioris momenti sunt facta quàm verba. Quod etiam d. §. si heres, satis apertè ostendit, & l. i. §. pen. ff. de bo. pos. sec. tab. l. vlt. in fi. ff. de his qua in test. del. l. pen. C. de testa. Fachin. lib. 4. contro. c. 8.

Secundò opponitur l. 2. ff. de iniuf. rup. irr. & l. hac consultissima. §. vlt. C. de testa. vbi prius testamentum rite factum rumpitur per posterius imperfectum. Resp. Tum demum testamentum posterius imperfectum rumpit prius perfectum, si in posteriori testamento instituti sunt heredes, qui ab intestato venire possunt. Quod adèd verum est, licet posterius testamentum idèd imperfectum sit, quia filius in eo præteritus est. Probat hoc apertè l. si duobus. §. si prius. ff. de bo. pos. con. tab. vbi dicitur, quòd prius testamentum perfectum rumpitur per posterius imperfectum, in quo filius præteritus est, si in eo scripti sunt heredes venientes ab intestato. Statuitur ergo in d. §. si prius, quòd si in secundo testamento illi instituti sunt, qui, si filius non extaret, venirent ab intestato, hoc testamentum esse validum, & rumpere primum. Ideoque filio præterito opus est bonorum possessione contra tabulas ad rescindendum secundum testamentum, nam illa tantùm datur contra testamentum validum. Si vero heredes extranei scripti sunt in secundo testamento imperfecto, hoc testamentum non rumpit primum, nec valet. Ideoque filius non habet bonorum possessionem contra tabulas, quia prius testamentum, in quo institutus vel exheredatus

Pp 2

fuit,

fuit, remansit validum. Nec prædictis aduersatur *l. si filius 7. ff. de lib. & post.* ubi dicitur, quòd testamentum posterius, in quo filius est præteritus, non rumpat prius, in quo filius est institutus, vel exheredatus: quia ista *l. est accipienda*, quando in posteriori testamento non sunt instituti heredes venientes ab intestato, sed extranei: tunc enim prius testamentum valet, & firmum manet. *Vigl. ad d. §. penul. Cuiac. ad d. l. si filius.*

ASSERTIO XXVIII.

Testamentum, quo postumus præteritus viuo testatore decedit, valet.

TESTAMENTUM in quo postumus est præteritus, est ipso iure nullum. Si tamen postumus præteritus viuo patre decedat, datur heredi scripto bonorum possessio secundum tabulas ex eo testamento, legataque & fideicommissa conualescunt. Summo ergo iure hoc testamentum rumpitur, sed ex æquitate conualescit iure Prætorio. *l. postumus 12. ff. de inius. rup. irr.* Et hic est vnus casus notandus, in quo adhuc hodie necessaria est bonorum possessio secundum tabulas, quando scilicet postumus præteritus viuo patre decessit. Hoc casu iure civili adiri non potest hereditas, quia testamentum postumi agnatione est ruptum. Danda ergo est necessàriò heredi instituto bonorum possessio secundum tabulas, vt hereditatem ex testamento adire possit. *Castren. in d. l. postumus.*

Obijcitur *l. 2. C. de post. her. inst.* ubi dicitur, postumo præterito, quamuis natus ilicò decessit, testamentum ruptum non restitui. Resp. sub distinctione. Aut postumus præteritus natus viuo testatore decessit, & tunc testamentum ex æquitate conualescit. Ratio est, quia tunc præsumitur testatorem in eadem voluntate voluisse decedere, ex quo testamentum non mutauit. Aut postumus post mortem testatoris subitò decessit, & tunc testamentum non restituitur postumi morte. Ratio est, quia eo tempore, quo maxime valere debebat testamentum, scilicet tempore mortis testatoris, superstes fuit postumus. Ideoque eius præteritione omninò ruptum censetur. *Cuiac. ad l. 7. ff. de libe. & post. Vigl. ad §. 1. Inst. de exhe. lib. Bart. ad l. 2. C. de posth. hered. inst. Cuiatius I Ctorum corrypheus in notis ad Inst. tit. de exhered. Liber.*

ASSER-

ASSERTIO XXIX.

Ex causa exheredationis vel præteritionis rescissa institutione, cætera testamenti firma manent.

[URE veteri, testamentum in quo filius fam. præteritus est, in totum corrui, ita ut nec legata nec fideicommissa ex eo debeantur. *l. filio. 17. ff. de inus. rup. irr.* Verum quæritur ab interpretibus, an hoc correctum sit per No. 115. §. *sive igitur, & §. siue autem hæc omnia.* in quibus traditur, testamentum in quo filius præteritus, vel iniuste exheredatus est, quoad so- am institutionem heredis infirmari, cætera verò salua manere. Et post- *tionem Alciatus & Cuiacius* existimant, totum testamentum in quo filius præteritus est à patre, etiam iure Nouellarum corrui.

Sed contraria sententia verior & probabilior est, quòd scilicet filio præterito, vel sine iusta ingratitudinis causa adscripta, exheredato, insti- tutio quidem corruat, sed legata & reliqua in testamento disposita firma maneant. Id probat aperte §. *aliud. d. No. 115.* ubi Imp. loquitur coniunctim am de exheredatione quàm præteritione, & generaliter statuit, quod non liceat parentibus præterire vel exheredare liberos, sine iusta ingratitudinis causa adiecta. Neque admitti potest opinio Cuiacij, qui hoc totum putat ad præteritionem à matre factam accipiendum, cum *tex. in d. §. aliud,* impliciter & generaliter loquatur de præteritione parentum. Confir- matur hæc sententia hoc inuicto argumento, quod in No. 115. statuitur non licere parentibus filios exheredare, nisi una ex xiv. causis ingrati- tudinis à Justiniano enumeratis fuerit adiecta. Atqui exheredatio non ritè facta est quædam præteritio. §. *eadem. Inst. de hered. ab intest.* Ergo idem in præteritione, quod in exheredatione non ritè facta locum habet. Sicut ergo testamentum patris, in quo filius non adscripta iusta causa ingrati- tudinis exheredatus est, tantum quoad institutionem corrui, legata autem ræstanda sunt. *d. §. siue igitur;* eodem modo filio præterito in testa- mento paterno, legata conseruanda sunt, quia exheredatio non ritè facta nihil aliud est, quàm præteritio. Adde quòd dicat Imp. in §. *hec autem. d. No. 115.* se prædicta statuissè, ut à liberis exheredationis & præteri- tionis contumeliam auferret. Atqui maiorem iniuriam pater filio in- igit, cum falsis criminibus eum exheredat, quàm si silentio eum præ- tereat, verbisque contumeliosis non lædat. Ita eleganter tradunt De- *d. ad Auth. ex causa. num. 7. & 8. C. de lib. præter.* Quam sententiam

Accur. Bart. & Castren. in d. l. filio, quoque amplectuntur. Opponitur, quod jus nouum in No. 115. introductum dicitur esse in fauorem filiorum, ne scilicet Liberi in facultatibus parentum aliquam circumscriptionem patiantur vt dicitur in §. *Ceterum. d. No. 115.* Sed hic nullus versatur fauor filiorum præteritorum, imò odium, quia tenentur ad legata in testamento imperfecto relicta, ad quæ alias non tenerentur. Resp. Fauor filiorum in hoc spectatur, quod in exheredatione vel præteritione filij debet inferri causa ingratitudinis. Sed fauor testatoris in eo consideratur, quod testamentum non rescindatur in totum, sed tantum quoad institutiones heredum, quoad Legata verò, fideicommissa, & alia capitula validum remanet testamentum.

A S S E R T I O X X X.

Qui purè institutus, sub conditione iterum instituitur, purè institutus censetur: & qui sub diuersis conditionibus bis institutus est, vtra prior extiterit, heres erit.

DVÆ assertiones hac enunciatione continentur. Prima, est: Heres qui primùm purè, & deinde sub conditione iterum instituitur, purè institutus censetur. *tex. est in l. si te solum 27. ff. de here. inst.* Ratio est, quia semel data hereditas tacitè nunquam adimi censetur. *arg. l. ex parte. ff. de adi. lega.* Ideo quæ prior institutio pura per sequentem conditionalem institutionem, deficiente conditione non censetur reuocata. *Cuiac. ad d. l. si te solum.*

Obijcitur *l. non ad ea 89. ff. de cond. & dem.* vbi dicitur, si cui quid prius purè, deinde sub conditione legetur, quod posterius legatum valeat. Ergo & posterior institutio debet valere. Resp. Aliud obtinet in legatis, quàm in institutionibus heredum. In legatis vltima voluntas seu dispositio præualet, in institutionibus plenior institutio heredis potior habetur. *Bart. add. l. 27.*

Secunda assertio. Qui bis sub diuersis conditionibus institutus est, vtra prior extiterit, heres erit. *tex. est in d. l. si te solum. & l. si plures. ff. de cond. inst.* In legatis verò nouissima conditio expectatur. *l. 51. 87. & 89. ff. de cond. & dem.*

A S S E R-

ASSERTIO XXXI.

*Heres ad certum tempus, vel ex certo tempore
institui non potest.*

REGVLA juris est, quòd ad certum tempus, vel ex certo tempore hereditas dari non potest, sed vitio temporis sublato pura manet institutio. *l. hereditas 34. ff. de here. inst.* Ratio prioris est, quia qui semel heres factus est, non potest definere esse heres. *l. ei qui 89. ff. de here. inst.* Ratio posterioris est, quia nemo potest pro parte testatus, & pro parte intestatus decedere. Quod fieret, si quis aliquo tempore heredem haberet, alio non haberet; pars enim etiam in tempore dicitur. Quando igitur dies adiectus est institutioni heredis, tempus adiectum pro superuacuo est; & ex tempore vel ad tempus institutus, perinde habetur, ac si purè institutus esset. *§. heres, Inst. de here. inst.*

Obijcitur *l. in tempus 62. ff. de her. inst.* ubi dicitur, rectè heredem institui in tempus, cum quis capere poterit. Item *l. si mater 33. ff. de vulg. subst.* ubi mater rectè filium heredem instituit, cum erit annorum xiv. Resp. Prædicta regula tantum procedit in die expressim institutioni adiecta, nam ex die hereditas expressè non rectè datur, veluti post quinquennium quàm moriar, tacitè tamen rectè datur. *l. quoties 9. §. penul. ff. de here. inst. d. l. si mater.* Veluti cum capere poteris, cum adoleueris. *d. l. in tempus.* Et ita sæpè fit, ut quæ expressa non valent, tacita tamen valeant. *Cuiac. ad d. l. hereditas.*

Secundò obstat *l. potest 56. ff. de hered. inst.* Vbi respondetur, quòd valeat illa institutio: Ille, si intra annum septuagesimum decessero, heres mihi esto. Resp. Ibi non ad certum tempus, id est, intra annum septuagesimum instituitur heres, sed sub conditione, ut si ante annum septuagesimum moriatur, decedat testatus; si postea moriatur, intestatus decedat.

ASSER-

ASSERTIO XXXII.

Si testator instituit heredes hoc modo, Ex partibus quas adscripsero; nullis partibus adscriptis, æqualiter heredes erunt. Si verò dixit, Ex partibus quas adscripsi; nullis definitis partibus, nulla est institutio.

HEREDES ita instituti, ex partibus quas adscripsero, vel si partes eis adscripsero, si nullæ partes exprimantur, ex æquis partibus instituti censentur. Sed si ita sunt heredes instituti, ex qua parte Titius me heredem scripsit, vel ego cum heredem scripsi, ex tali parte eum instituo, deficiente ista conditione in præteritum collata, deficit quoque institutio. *tex. est in l. 2. & l. si quis ita 36. ff. de hered. inst.* Ratio decidendi est, quia quando conditio ad præsens vel præteritum tempus refertur, quæ est falsa, statim vitiat institutionem. At ubi in futurum tempus conferitur conditio, valet institutio, etiam deficiente conditione, si ea conditio dependet ex facto testatoris. Notat *Gl. in d. l. 2. in verbis*, non putat, *per l. cum in secundo, 16. ff. de inius. rup. irr. sac. l. si testamentum. C. de instit. & substit.*

Obijciunt primò *l. Clemens 81. §. 1. ff. de hered. inst.* ubi dicitur, si testator ita scripserit, Quia ex parte me à Titio heredem institutum recitassẽ, ex ea parte Sempronius mihi heres esto, nullo recitato testamento, inanem videri institutionem. Vbi etiam testator videtur heredem instituisse sub conditione collata in futurum, ex qua scilicet parte Titius ipsum testatorem instituet, & tamen inanis & frustranea est institutio. Resp. Ideò in ista lege inutilis est institutio, quia dependebat ex facto tertij, & proinde meram conditionem continebat, qua deficiente deficit quoque heredis institutio. At verò quando testator instituit aliquem ex partibus, quas ipse adscribet, valet institutio etiam nullis partibus adscriptis. *d. l. 2. & d. l. 36.* Ratio est, quia hæc partium descriptio pendet ex facto & voluntate testatoris. Vnde nullis partibus adscriptis, videtur testator mutasse voluntatem, & sine parte voluisse eum esse heredem. *Accur. & Cuiac. ad d. l. 81.*

Secundò obijciunt *l. qui plures 13. ff. de usufr. lega.* Vbi qui legata reliquit ijs libertis, quos codicillis in posterum designasset, si nullos postea designauerit, legatum pro nihilo habetur. Resp. Ibi non est inutile legatum, ideò quia testator non perfecit quod promisit, sed quia sunt incertæ personæ legatariorum, quibus legata reliquit. *Cuiac. & Castren. ad d. l. 2.*

ASSER-

ASSERTIO XXXIII.

*Substitutio pupillaris facta puberi verbis directis, non valet,
ne quidem in vim fideicommissi.*

RATIO assertionis est, quia ius non patitur, ut pater filio faciat heredem in ea aetate, qua sibi ipsi facere potest. Valebit tamen hæc substitutio intra pubertatem, post pubertatem vitiabitur. *l. in pupillari. ff. de vulg.* Quærent autem interpretes, An substitutio pupillaris facta ultra pubertatem proficiat in vim fideicommissi? Et verius est, ne quidem in vim fideicommissi valere. Quod disertè probatur per *l. 7. ff. de vulg. & pup. subst.* ubi dicitur, frustra fieri post pubertatem verbis directis pupillarem substitutionem. Neque enim frustra fieret, si quasi fideicommissum valeret.

Obiicitur *l. Centurio. ff. de vulg. & l. precibus. C. de imp. subst.* ubi substitutio puberi facta directis verbis à milite, in casum quo heres erit, & intra certum tempus morietur, valet iure fideicommissi. Resp. Militi hoc singulare privilegium concessum est, ut substitutio pupillaris ab eo facta verbis directis, valeat ultra pubertatem in vim fideicommissi. Cum enim miles habeat hoc privilegium, ut possit etiam ex tempore & ad tempus facere heredem; *l. miles ita 41. ff. de mil. test.* potest etiam post pubertatem substituendo, bona sua in substitutum heredem transferre. Quod quia ex privilegio competit militibus, sequitur, paganos, qui nullum habent tale privilegium, ultra pubertatem frustra substituere.

Secundò obiicitur *l. Scævola 76. ff. Ad SC. Trebel.* ubi substitutio directò in codicillis facta vim fideicommissi obtinet. Resp. Idè ibi substitutio directà pro fideicommissaria accipitur, quia incongruo loco, scilicet in codicillis facta est, qui locus est obliquarum, non directarum institutionum. Præterea aliud est in substitutione directà quæ fit ei, cui fieri non potest, hæc enim pro fideicommissaria non accipitur. Tum demum substitutio directà in codicillis facta, in vim fideicommissi valet, in testamento valere potest, ut si fuit pupillaris, ut Scævola loquitur in *l. 76.* At si compendiosa fuit, quæ directis verbis pubertatem egrediatur, hæc non potest flecti in fideicommissum in codicillis, quia nec in testamento valere potuit. Pulchrè *Vigli. ad §. penul. Inst. de pup. subst.* Hæc itaque sententia, quòd substitutio verbis directis facta puberi, non valeat in vim fideicommissi, ex veritate legum rectius defendi potest. Quæ

Q q

apertè

apertè quoque comprobatur per §. vlt. Inst. de pup. subst. & l. si frater. C. de fideico. vbi dicitur, substitutionē directam filio puberi fieri non posse, sed hoc solum esse receptum, vt testator filium heredem puberem roget, vt si intra certum tempus moriatur, hereditatem alteri restituat per fideicommissum. Hanc sententiam defendunt Gouea. ad d. l. verbis. & Cuiac. lib. Obs. x1. c. 25. & lib. 12. c. 27. Vigl. & Wesem. ad §. vlt. Inst. de pup. subst. Connan. lib. vlt. com. c. vlt. num. 9. Fachin. centur. 4. contro. iur. cap. 43. 44. & 45. Duare. lib. 2. Annivers. disput. cap. 7. Menoch. de presumpt. lib. 4. presumt. 52. & 53. Dissentit Duare. 2. lib. annivers. disput. c. 7. & ad tit. de vulg. & pup. substit. c. 28.

ASSERTIO XXXIV.

Tam per expressam pupillarem substitutionem, quàm per tacitam pupillarem in vulgari contentam, mater excluditur à successione filij impuberis.

VULGARIS substitutio facta filio impuberi, continet in se tacitam pupillarem, & vice versa expressa pupillaris continet tacitam vulgarem. l. 4. ff. de vulg. Ratio est, vt in omnem euentum filij impuberes heredem testamento habeant. Idque & in reciproca substitutione obtinet, vt si pater duos filios impuberes sibi inuicem substituit, hos tam vulgariter quàm pupillariter videtur sibi mutuo substituisse, d. l. 4. Huius decisionis, quod vulgaris substitutio facta filio impuberi, includat pupillarem, & è contra, magnus est effectus. Nam sicut expressa pupillaris substitutio excludit matrem à successione filij impuberis, adeò vt nec de inofficioso filij testamento queri possit. l. Papinianus §. sed nec. ff. de inoff. ita & ex tacita pupillari, quæ in expressa vulgari substitutione continetur, mater excluditur. Quoties enim pater filio impuberi in alterum casum substituit, in vtrunque substituisse censetur.

Obijcitur l. vlt. C. de inst. & subst. Vbi cum mater cum filio postumo erat instituta, aliusque postumo vulgariter substitutus, licet in substitutione vulgari contineatur tacita pupillaris, tamen mater non excluditur per tacitam pupillarem. Resp. Ideò pupillaris substitutio, quæ alioqui in vulgari continetur, ibi locum non habet matre superstite, quia mater filio instituto data est cohæres. Quem enim sibi facit heredem testator in testamento, videtur in legitima successione ab intestato præferre ei, quem vulgariter tantum substituit.

Secundò obijcitur l. precibus. C. de imp. subst. vbi cum pater filio impuberi vulgariter

vulgariter substituerat, & filius adita hereditate ante pubertatem decederet, non admittitur substitutus ex tacita pupillari, sed mater. Resp. Hoc specialiter receptum est in testamento militis, à quo facta substitutio valet tantum in casum expressum, neque in eius testamento vulgari substitutioni expressæ tacita pupillaris inest. Ratio est, quia vt vna substitutionis species sub altera comprehendatur, hoc magis accidit ex interpretatione iuris, quam ex voluntate defuncti. Militum autem testamenta ex voluntate eorum metimur, & quod non cogitarunt, id non supplere debemus. *Uigl. ad tit. de pup. subst. in princ. num. 17.* vbi hanc opinionem contra communem veriorem statuit, quod per tacitam pupillarem comprehensam in vulgari excludatur mater. *Gouea. ad princ. tit. de vulg. & pup. subst. num. 30. Connan. lib. 10. com. c. ult. num. 13. Donel. ad l. precibus 8. nu. 5. C. de imp. subst. Dissentit Fachin. lib. 4. contro. c. 40. & 42.* vbi tradit, quod pupillaris substitutio tacita, quæ in expressa vulgari continetur, non habeat locum matre existente in medio.

Tertiò non obstat. *l. Lucius 45. ff. de vulg. & pup. subst.* quia ibi idè vulgaris substitutio in casum pupillarem non valet, ad hoc vt excludatur mater, quia fit imparibus personis. Quoties enim pater reciprocè duobus filiis disparis ætatis substituit, vt si vnus sit pubes, alter impubes, tunc ea substitutio vulgarem tantum continet, quæ in vtriusque persona locum habere potest, non pupillarem. *d. l. 4. §. sed si alter.* Ideoque mater excludit substitutum, si pupillus patri heres extitit, & impubes mortuus sit. Vide *Anto. Fabr. in erro. pragmat. decade 33. erro. 8.* Postremò sciendum quod pupillaris substitutio excludit matrem à legitima, casu pupillaris substitutionis existente. *d. l. Papinianus. §. sed nec. tex. expres. in c. 1. de testam. in 6.* Sed obijcitur, quod qui facit aliquid nomine alterius, non plus potest, quam is, cuius nomine facit. *l. minor 51. ff. de procur.* Sed pupillus seu filius non potest matrem per se præterire, aut privare legitima. Ergo nec pater potest matri auferre legitimam, qui facit testamentum pro filio. Resp. licet pater faciat testamentum filio, non tamen facit nomine filij, sed est ipsius patris testamentum. Ideoque non requiritur illa solennitas, quæ in persona filij exigeretur *Bart. ad l. Papinianus. §. sed nec. ff. de inoff.* Vide *Fachin. lib. 4. contro. c. 42.* Sic in simili casu, si creditor vendat bona pupilli sibi obligata, non requiritur illa solennitas, quæ requireretur si ipse pupillus venderet. *l. 7. §. 1. ff. de reb. eor. qui sub tute.* Non enim vendidit nomine pupilli sed suo.

ASSERTIO XXXV.

Mater filijs pupillariter substituere non potest.

PATER tantum liberis pupillariter substituere potest, non vero mater. *l. 2. in princ. ff. de vulg. & pup. Inst. de pup. subst. in princ.* ubi dicitur, quod liberis, quos in potestate quis habet, pupillariter substituere potest. Itaque cum mater filium non habeat in potestate, filio pupillariter substituere non potest. Ille enim est principuus patrie potestatis effectus, ut pater filio testamentum faciat in ea aetate, qua sibi ipsi testamentum facere nequit.

Sed grauitur aduersatur *l. si mater 33. ff. de vulg. subst.* ubi dicitur, quod si mater filium instituat, cum erit annorum *xiv.* eique alium substituatur in pupillaribus tabulis, quod valeat substitutio. Resp. Quod ibi dicitur, matrem in pupillaribus tabulis filio substituisse, hoc sic accipiendum est, quod pupillares tabulae ibi ex dicantur, in quibus mater separatim filio impuberi substituit vulgari modo. Quod ex eo apparet, quia textus dicit, Si sibi filius impubes heres non erit, quae verba vulgarem substitutionem denotant & referunt. Mater igitur filio impuberi pupillariter substituere non potest, sed vulgariter recte & vtiliter substituere potest.

Sed quaeritur, an substitutio pupillaris facta a matre filio, valeat saltem iure fideicommissi? Et videtur prima facie dicendam, quod non. Nam si id quod agitur, non valet, ut agitur, nec etiam debet valere, ut valere potest, quia mater fecit actum quem facere non poterat, ut notatur in *l. 1. §. si quis ita. ff. de V. O.* Verius tamen est contrarium, favore vltimae voluntatis: & quia non debet imperitia mulieris, nescientis quid sit pupillaris aut vulgaris substitutio, officere verae & reali intentioni ipsius; arg. *l. in codicillis. §. vlt. ff. de leg. 2. & l. quoniam indignum 15. C. de testa.* Accedit, quod iudex etiam debet vltimam voluntatem, ex potestate sibi a lege concessa, ita interpretari, ut non pereat sed valeat potius, & sustineatur vltima voluntas. *l. voluntatis 7. C. de fideico. l. vlt. ff. de manu. test. fac. in simili. l. Scaevola 76. ff. ad S. C. Trebell.* ubi substitutio pupillaris facta impuberi filio in codicillis, ubi fieri non poterat, fideicommissi vim obtinet. *Mantica in glossar. iur. clas. 11. c. 21. & 34.*

ASSER-

ASSERTIO XXXVI.

Nemo eiusdem hereditatis partem adire, partem repudiare potest.

QVI solus heres institutus est, vel simpliciter, vel ex pluribus partibus separatim, hereditatem partim adire, partim repudiare non potest. *l. 1. & 2. ff. de acq. her.* & qui ita adiit, in totum heres non erit, nec etiam hereditate excludetur, quia in totum nihil egit. *l. ex semisse 75. ff. de acq. her.* Ratio est, quia nulla est aditio aut repudiatio hereditatis, si quis adeat aut repudiet hereditatem, secus quam leges iubent. At leges iubent, hereditatem quatenus delata est, aut in totum adiri, aut in totum repudiari, ne testator pro parte testatus, pro parte intestatus decedat. *l. quidam elogio. C. de iu. delib. d. l. ex semisse.* vbi traditur, eum qui minorem partem hereditatis, quam ex qua institutus est, per errorem adiit, non videri adiisse, ac in totum nihil egisse censeri.

Obijcitur *l. si ex asse. 10. ff. de acq. her.* vbi dicitur, quod si heres ex asse scriptus pro parte adeat hereditatem, ex asse heredem fore. Resp. Ibi heres simpliciter adiit partem hereditatis, non expressio eo, quod ceteras partes repudiaret. Qui ita simpliciter hereditatem adit, & partem voluisse adire censetur, & per consequentiam ceteras partes. Itaque ex asse & in solidum heres erit. *l. si solus 80. ff. de acq. her.* Diuersum est in eo, qui licit se partem hereditatis adire, & partem repudiare, nam hic contra formam iuris adiit, ideoque nihil agit.

Ex *d. l. 1. & 2.* infertur insignis illa decisio, quod filius qui à patre institutus est ex maiori parte, quam sit legitima, non potest retenta legitima, repudiare hereditatem paternam. Ratio est, quia hereditas in totum adiri vel repudiari debet. Cum autem iure nouissimo Authenticorum legitima relinqui debeat filijs titulo institutionis, §. *adhuc aliud. No. 115.* sequitur, si repudient institutionem, quod etiam repudiant legitimam, quia hereditas scindi non potest, *Castren. ad d. l. 1.* Et hæc est communis DD. sententia, quod filius non potest retenta legitima portione repudiare hereditatem paternam, excepto vulgo vnico casu, quando videlicet filius habet substitutum heredem, & est grauatus multis legatis, tunc enim potest retinere legitimam iure naturæ sibi debitam, omiſſa reliqua hereditate paternâ. per *l. si libertus patrono 41. ff. de bo. liber.* Ita decidit Bart. in *l. gerit. num. 22. & 23. ff. de acq. her.* Dissentire videtur in hac limitatione Fachin. lib. 6. cont. c. 57.

De hac quæstione, an filius heres institutus, legitimam accipere, & reliquam hereditatem repudiare possit, vide *Fachin. lib. 4. contro. iur. cap. 65.* vbi pro negativa parte concludit, & contraria argumenta dissolvit.

ASSERTIO XXXVII.

Hereditas non potest acquiri per procuratorem.

AN per procuratorem acquiri possit hereditas, inter I C^{tos} disputatur. *Duare. lib. 2. Ann. disput. c. 27.* notat posse: quia iure prohibitum non sit, & in l. per procuratorem 90. ff. de acq. here. curatorem legit. Cui adstipulatur *Costal. ad l. 1. ff. de off. proc. Cef.* & novissimè *Fachin. lib. 6. contro. c. 96.*

Contrarium *Hotom. in illust. quæst. 32. & Cuiac. lib. 1. Obs. c. 34.* statuunt: quorum sententia verior est. Probatur hæc assertio tali regula, quòd nominatim legibus cautum est, per procuratorem nihil nobis acquiri posse, excepta sola possessione, & per hanc dominio. l. 1. C. Per qu. pers. no. acqu. §. ex his. *Inst. eo.* Secundò hæc sententia hoc evidenti argumento confirmatur, quòd singulari priuilegio concessum sit Imperatori, quòd per procuratoris sui aditionem possit acquirere hereditatem. Si ergo ex speciali prærogatiua datum est hoc ius procuratori, siue rationali Cæsaris, sequitur quòd in procuratore priuati diuersum ius obtineat, nimirum quòd procuratores priuatorum, adeundo hereditatem ex mandato domini nihil agant. l. 1. §. ult. ff. de offic. procur. Cesa. vbi dicitur, quòd proprium hoc habet procurator Cæsaris, quòd nomine Cæsaris hæreditatem acquirere possit. Tertiò addi potest & hæc ratio, quòd aditio hereditatis consistat in sola voluntate heredis. Ideo quæ statim atque mandat heres procuratori vt adeat, eo ipso adiisse censetur. *arg. l. si ego 26. ff. de acq. her.* vbi pater pro parte heres institutus, iubendo filium simul institutum pro parte sua adire, statim fit heres ex asse, & quidem antequam filius adierit. Sicutiam si dominus mandet procuratori, vt adeat hereditatem, statim ipso mandato fiet heres, priusquam procurator adeat.

Obijcitur, quòd bonorum possessio per procuratorem ad hoc specialiter à domino constitutum acquiratur, ergo & hæreditas. l. si maritus. §. C. *Munda. l. 3. §. acquirere. ff. de bon. poss.* Resp. Diuersum ius obtinet in bonorum possessione, quàm in hereditate hoc in casu. Cuius ea est ratio, quòd illa magis ad corporalem acquisitionem possessionis accedat, quàm hereditas, quia Prætor heredem non facit. §. quos autem. *Inst. de bon. pos.* Ea vero quæ naturaliter acquiruntur, sicuti est possessio, per procuratorem nobis

nobis acquiruntur. *l. 1. C. Per qu. pers. no. acqu.* At è contra, quæ ciuilitè acquiruntur, vti est hereditas, stipulatio, per procuratorem nobis non rectè acquiruntur. *l. ea quæ 53. ff. de acq. rer. dom.* Pulchrè *Contius lib. 2. succisus. c. 17.* Cui adstipulatur *Cuiatius d. lib. 1. Obser. c. 34.* Postremo notandum quod licet hereditas adiri non possit per procuratorem, tamen restitutio hereditatis ex S. C. Trebelliano fieri potest per procuratorem. *l. qui ita 66. §. 1. ff. ad S. C. Trebell.* Cuius rei redditur hæc ratio à D. D. quod hæreditatis restitutio non est actus legitimus, sicut hereditatis aditio. Qui actus legitimi per procuratorem expediri non possunt. *arg. l. nemo alieno 123 ff. de R. I.* Si enim actus legitimi sicut diem & conditionem non recipiunt. *l. actus legitimi 77. ff. de R. I.* ita neque circuitum atque dilationem admittunt, ac proinde nec per procuratorem hereditatis aditio fieri potest, quia in mandato ad eundem hereditatem tacitè inest dilatio, si procurator declaraverit voluntatem suam, atqui hereditas sub conditione adiri non potest. *l. eum qui 51. §. ult. ff. de acq. her.* Ita eleganter tradit *Edualdus Caldera lib. 2. Var. c. 1.*

ASSERTIO XXXVIII.

Heres sub conditione institutus, pendente conditione non potest adire vel repudiare hereditatem.

HEREDITAS adiri vel repudiari non potest, nisi sit delata. *l. delata 151. de V. S. l. 1. §. decretalis. ff. de succes. edi.* Defertur autem hereditas ex testamento statim à morte testatoris, si heres purè sit institutus: sin autem sub conditione scriptus sit, non prius defertur, quàm conditio extiterit. Ergo ante euentum conditionis non potest hereditas adiri vel repudiari, quia pendente conditione nihil potest heres de hereditate statuere. *l. is qui heres 13 ff. de acq. here.* Sic legatum conditionale pendente conditione agnosci non potest, nec per consequens repudiari, *l. si ita 45. §. 1. de leg. 2.*

Sed obstat *l. 1. ff. de cur. bo. dan. & l. in plurium 70. ff. de acq. here.* quæ manifestè exprimere videntur ante diem conditionis existentem posse hereditatem repudiari, Itaque hac obiectione Accurs. territus, & omnes eum secuti, fatentur ante conditionem existentem posse repudiari hereditatem in iure & coram iudice, non extra ius. Verùm respondendum est, leges obiectiones non hoc dicere, repudiari posse hereditatem ante existentem conditionem; sed hoc tantùm statuere, quod ea testario heredis, qua pendente

dente conditione dicit se nolle hereditatem adire, prodest creditoribus ad hoc, vt statim ipsis, vel curatori bonorum possessio & administratio bonorum committatur: ne bona dispereant, cum aliàs nisi heres hoc contestaretur, dies à Prætorè constitui solet heredi, intra quem nisi adeat, creditoribus permittitur possessio bonorum. *d.l. 1. l. si quis 23. ff. de here. inst.* Itaque non rectè inde colligitur, repudiatam esse hereditatem, quòd dixerit heres se non aditurum: sed hoc agit ea testatio heredis tantum, vt bona hereditaria tantisper creditoribus, vel curatori bonorum committantur, ne pereant vel corrumpantur. Nam idem fieri iubetur, & cum venter in possessione est, & pupillus heres scriptus tutorem non habet. *d.l. 1. ff. de cura. bono.* Quo tamen casu dici non potest, vel ventrem repudiassè hereditatem, vel pupillum.

Secundò obijcitur *l. 1. C. de pact.* vbi fideicommissum conditionale pendente conditione rectè dicitur conuentione remitti, ergo & repudiari potest. Resp. Plus est pacisci se non accepturum legatum seu fideicommissum, quàm illud repudiare: quia pactum duorum consensu firmatur; at renunciatio seu repudiatio hereditatis vel legati, vnus tantum consensum habet. *Gl. & D D. in d.l. 1.* Itaque pacisci quidem possumus de iure nondum delato, *l. pactum 46. ff. de pact. l. penult. C. eo.* sed frustra ius nondum delatum repudiamus. Ideòque repudiatione ista non obstante, si postea illud nobis defertur, possumus petere, & consequi. *l. si ita sit scriptum. §. 1. ff. de leg. 2.*

Tertiò obijcitur *l. si sub conditione, & l. seq. cum l. 2. §. si sub conditione. ff. de bo. pos. sec. tab.* vbi dicitur, pendente conditione, posse heredem scriptum petere bonorum possessionem secundum tabulas. Resp. Illa bonorum possessio est sine re, id est, caret commodo bonorum, & est imaginaria tantum, *l. filijs. C. de inoff. testa.* At bonorum possessio cum re non potest peti ante existentem conditionem. *d.l. 2. §. si quis ita.* Bonorum autem possessio sine re ideò datur heredi scripto sub conditione, ante existentem conditionem, ne alius fortè qui potest iure ciuili euincere hereditatem ab intestato, eam inuadat, præsertim si hæres scriptus sinat tempora petendæ bonorum possessionis præterlabi. De hac bonorum possessione cum re & sine re tractat. *Vlpian. in fragm. tit. 24. 26. & 28.* Concluditur ergo, quòd repudiari hereditas pendente conditione non possit, & talis repudiatio non impedit, quò minus postea purificata conditione acquiri possit hereditas ab eo qui repudiauit. *d.l. is qui heres. l. homine. ff. de opt. leg. Decius ad l. qui potest 143. de R. I.*

ASSER-

ASSERTIO XXXIX.

*Heres qui ignorat conditionem, sub qua institutus
est, extitisse, non potest adire
hereditatem.*

VT rectè heres adeat hereditatem, scire debet hereditatem sibi delatam esse. Itaque si ignoret, vtrum purè an sub conditione institutus sit, hereditatem adire non potest. *l. is qui heres 13. ff. de acq. her.* Præterea qui ignorat conditionem institutioni insertam extitisse, aut impletam esse, adire non potest. *l. heres 32. ff. de acq. her.* Itaque si fato quodam & fortè fortuna heres paruerit conditioni, sub qua institutus est, non potest adire hereditatem: debet enim certa scientia & deliberatione implere conditionem, hoc animo, quòd velit conditioni parendo heres effici. *l. 2. & l. multum 21. ff. de cond. & dem.*

Sed obijcitur *l. si quis extraneus 21. §. si. ff. de acq. her.* vbi dicitur, heredem ignorantem conditionem extitisse, posse adire hereditatem. Resp. Hoc non generaliter & indistinctè accipiendum est, sed eo tantùm casu, quando quis est ex parte purè, & ex parte sub conditione institutus. Nam illi adeunt partem, ex qua purè scriptus est, altera pars inuito accrescit, ergò multò magis ignoranti. Itaque poterit hic adire hereditatem, licèt ignoret alterius partis conditionem extitisse. Ita dictus *§. finis l. si quis extraneus*, qui ambiguam continet sententiam, explicandus est, ex *l. si quis heres 35. in princ. ff. de acq. her.* vbi ille intellectus disertè comprobatur. *Accur. & Donel. ad d. l. si quis. 21.*

Secundò aduersatur *l. sed & si de sua 34. §. 1. ff. de acq. her.* vbi deciditur, quòd heres qui purè scriptus, sub conditione se institutum putat, & paruit conditioni, hereditatem acquirere potest. Resp. Ideò ille error non obest heredi in acquirenda hereditate, quia error siue opinio heredis cum veritate concurrat. Nam reuera potuit adire, eò quòd purè erat scriptus, & potuit opinione sua, quia impleta conditione perinde habetur, ac si pura esset institutio. *l. si pupillus. ff. de cond. instit.*

Rr

ASSER-

ASSERTIO XL.

Qui metu coactus adit hereditatem, non fit heres.

QUI metu verberum, vel alio iusto timore coactus, hereditatem adiit, nihil agit. Ratio est, quia in aditione hereditatis requiritur libera & spontanea voluntas: ergo coactio hoc casu nihil operatur. *tex. est in l. 6. §. Celsus. ff. de acqu. hered.*

Obijcitur *l. si mulier 21. §. pen. ff. Quod me. cau. & l. si metus 86. ff. de acqu. here.* vbi dicitur, quod qui metu coactus adiit hereditatem, ipso iure fiat heres, sed beneficio restitutionis in integrum ei succurratur. Resp. Quando quis simpliciter metu coactus adit hereditatem, ipso iure subsistit aditio, quia coacta voluntas etiam voluntas est, sed restitutio in integrum datur ex edicto, quod metus causa. *d. l. si mulier.* Aliud dicendum est in eo, qui metu coactus fallens adiit hereditatem, id est, aliud agens, aliud simulans: hic ipso iure civili non fit heres. Vnde beneficio quoque Praetoris, id est, restitutione in integrum non eget. Fallens ergo dicitur adire, qui seorsim coram amicis protestatus est, voluntatem suam omnino contrariam esse aditioni, licet simulauerit metu se velle adire. Protestatio enim declarat animum protestantis, in ijs quae pendent à mera alicuius voluntate. *l. Nescimus 34. ff. de neg. gest. Bart. in d. §. Celsus. num. 1. & 2.* Hic itaque, qui fallens siue per simulationem coactus adiit hereditatem, ipso iure heres non erit, quia abest ei animus acquirendae hereditatis, atque ideo in integrum restitutio ei non est necessaria. *Per. Fab. ad l. 4. de R.I.*

Secundò aduersatur *l. si patre 22. ff. de rit. nupt.* vbi dicitur, quod si filius cogente patre ducit uxorem, quam non duxisset, si fuisset sui arbitrij, quod hoc matrimonium consistat. Itaque etiam ea quae à libera & integra voluntate proficisci debent, vti est hereditatis aditio, matrimonij contrahendi facultas, valent, si per coactionem & metum gerantur. Resp. sub distinctione. Aut filius propter reuerentiam paternam consensit nuptijs puellae à parte suo nomine contractis, quam aliàs si sui iuris fuisset, non esset ducturus, hoc matrimonium propter reuerentialem metum non rescinditur. Ita intelligenda est *d. l. si patre 22.* Aut interuenit iustus metus facti, vt si pater filium minis, carcere, aut verberibus coëgit ad ducendam uxorem, & tunc non valet huiusmodi matrimonium, sed tanquam metu contractum rescindendum est. *d. l. si mulier. §. si dos. c. cum locum. ex. de sponsal. Speidow. ad tit. de nupt. par. 2. num. 28. Duare. ad tit. de nupt. c. 2.*

ASSERT-

ASSERTIO XLI.

Iussus patris in adeunda hereditate pracedere debet, sed auctoritas tutoris interponitur perfecto negotio.

IN hoc differt interpositio auctoritatis tutoris in negotijs pupilli, à iussu patris in adeunda hereditate, quòd tutoris auctoritas interponitur perfecto negotio, iussus autem patris in adeunda hereditate pracedere debet. Item iussus patris potest fieri per epistolam vel nuntium, auctoritatis interpositio non item. *l. si quis mihi 25. §. iussum. ff. de acqu. hered.*

Sed videtur obstare *l. obligari 9. §. pen. ff. de auct. tut. & §. pen. Inst. eo.* vbi dicitur, auctoritatem tutoris statim in ipso negotio, non autem post tempus interponi debere. Sed si interponitur perfecto negotio, vt traditur in *d. §. iussum*, post tempus interponitur, & post ipsum perfectum negotium. Resp. Quod dicitur auctoritatem tutoris interponi perfecto negotio, id intelligitur incontinenti post perfectum negotium. Ratio est, quia quod parum distat, nihil distare videtur, & quæ incontinenti fiunt, actui inesse censentur. *l. lecta. 40. & ibi DD. ff. de reb. cred.* Post tempus verò, id est, post aliquod interuallum, & postquam discessum fuit ad alia negotia, non rectè interponitur tutoris auctoritas. Hanc interpretationem comprobat *l. nunquam 31. ff. de vsuca.* vbi dicitur, tutorem non rectè interponere auctoritatem in contractibus pupilli post longum tempus venditionis peractum. Approbat Bart. in *d. §. iussum. num. 3.*

Secundò opponitur *l. si per epistolam 50. ff. de acq. here.* vbi dicitur, quòd tutor seruo pupilli per epistolam iubere potest, vt adeat hereditatem, quæ tamen aditio tum demum rata erit, si prius seruus adeat, quàm tutor moriatur. Quod pugnat cum *d. l. obligari. §. pen. ff. de auct. tuto.* vbi dicitur, quòd tutor per epistolam auctoritatem interponere non potest, sed præsens negotio adesse debet. Resp. cum Accurs. in *d. l. 50.* quòd hoc procedat, quando tutor auctoritatem præbet pupillo in contractibus, tunc enim necessariò debet interponi auctoritas à tutore præsente in ipso negotio eù contractu, vt præsens sciat quid agatur. Aliud obtinet in quasi contractibus, vt in aditione hereditatis, vbi tutor per epistolam iubere potest seruo pupilli, vt hereditatem adeat. Nam ante aditionem tutor certus esse potest de viribus & conditione hereditatis.

Tertiò aduersatur, quòd consensus qui ad confirmationem actus requiritur, ex interuallo per ratihabitionem interponi potest. *l. ult. C. Ad C. Maced. c. ratihabitionem. de R. I. in 6.* Ergo & tutoris auctoritas ex interuallo

uallo in contractu pupilli adhiberi potest. Resp. Autoritas tutoris pro solennitate actus adhibetur, & ad integrandam pupilli personam requiritur, *l. quacunque. §. ult. ff. de Publ. act. l. 3. C. de in int. test.* Igitur auctoritas tutoris tanquam pars solennitatis ab ipso actu diuidi non potest, quia solennia ab ipso actu separari non possunt. *l. cum antiquitas. C. de testa. l. heredes palam. §. fin. ff. eod. l. 1. §. 1. l. continuus 137. ff. de V.O.* Consensus autem non ad integrandam personam contrahentis, sed ad confirmationem actus requiritur, ideoque etiam ex intervallo rem gestam sequi potest. *l. semper 60. de R.I.* Sicut & auctoritas ipsa, quando ad commodum eius qui confirmat, tantum requiritur, ex intervallo interponi potest. *l. 1. §. sed si filius. de leg. 3.*

ASSERTIO XLII.

Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur.

TRADITVR hæc generalis regula in *l. quamdiu 39. ff. de acqu. here. & l. quamdiu 89. de R.I.* quod scilicet quamdiu adiri ex testamento potest hereditas, successioni ab intestato non est locus. Ratio est, quia prior est causa hereditatis, quæ defertur ex voluntate testatoris, quam quæ defertur ex dispositione legis, quia lex etiam nominatim ita se deferre hereditates significat, si testatus non fuerit. Et vulgò dicitur, quod prouisio hominis tollit prouisionem legis, vltimaque voluntas testatoris pro lege seruanda est. *§. disponat. No. 22. de nupt.*

Obijcitur *l. si quis ita 82. ff. de here. inst.* ubi præfertur successio ab intestato successioni ex testamento. Resp. Ibi testator id expressè voluit, quia instituit heredes sub ea conditione, si legitimi heredes hereditatem vendicare nolint, tunc priore loco legitimi hereditatem vendicabunt. Cum enim lex statuerit in gratiam testatoris, potiore esse eius voluntatem dispositione legis, poterit huic fauori testator renuntiare.

Secundò obstat huic regulæ, alia regula, qua dicitur, Quamdiu potest peti contra tabulas bonorum possessio, non debet dari secundum tabulas. *l. æquissimum. ff. de bo. pos. sec. tab.* At per bonorum possessionem contra tabulas defunctus fit intestatus, per secundum tabulas testatus. *l. vi liberis. C. de colla.* Ergo hoc casu prior est causa intestati, quam testati. Ad euitandam hanc obiectionem sic accipe verba regulæ, ex testamento scilicet iusto & efficaci, tam iure ciuili, quam prætorio, quia si iure prætorio est iniustum, veluti si in eo filius emancipatus est præteritus, perinde est, quod ad illud ius attinet, ac si omnino intestatus decessisset,

ASSE-

ASSERTIO XLIII.

*Tutor etiam qui non gerit tutelam, pupillo hereditatem
adeunti, auctor esse potest.*

PUPILLVS heres institutus, si plures habet tutores, quorum quidam tutelam gerunt, quidam non, eo etiam auctore, qui tutelam non gerit, rectè hereditatem adire potest. *l. pupillum 49. ff. de acq. her.*

Contraria est *l. 4. ff. de auct. tuto.* vbi dicitur, quòd si tutor qui tutelam non gerit, auctoritatem præbeat in contractibus pupilli, ratum id haberi non debet. Respondendum sub distinctione tradita ab Azone *in d. l. pupillum.* Aut tutor voluntate sua non gerit tutelam, vtpote si tutor contutori suo administrationem totam vltro cessit & commissit, & cum huius honorarij tutoris auctoritate, qui nihil gerit, pupillus nihilominus hereditatem adire potest. *arg. l. quòd si fortè 14. §. 1. ff. de solut.* Aut tutor inuitus ab administratione tutelæ à patre vel Prætorè remotus est, & tunc si eo tutore pupillus hereditatem adeat, ratum non habetur. *l. 3. §. si parens ff. de adm. tuto.* Aliam solutionem vide apud Cuiat. *tract. 4. ad Africa. ad d. l. pupillum 49. ff. de acq. her.*

ASSERTIO XLIV.

Cuius pater est furiosus, is sine iussu eius hereditatem adire potest.

TRADITVR in *l. cum heres 52. ff. de acqu. her.* quòd filius patris furiosi potest adire hereditatem sine eius iussu. Ratio est, quia frustra expectatur patris iussus in adeunda hereditate, cuius consensus nihil operatur, cum iubere non possit.

Quæritur autem, an hæc hereditas, quam filius adiit per se, acquiratur patri furioso, an verò filio adeunti? Et dicendum est filio adquiri. Idque ostendunt verba hæc *in d. l. cum heres.* Primò quòd dicit, quòd perinde habendum est, ac si paterfam. adisset. Sed si paterfam. adisset, sibi acquireret. Secundò quod dicitur, ei permitti seruos hereditarios manumittere; dominus est seruorum, si manumittit.

Opponitur *l. furiosus 63. ff. de acqu. her.* vbi scriptum est, furiosum posse adquirere hereditatem, per seruum, vel eum quem habet in potestate, in-

R r 3

tellige

tellige filium. Resp. Bart. ad d.l. furiosus, quod pater furiosus tunc acquirit hereditatem, quando filius iussu & auctoritate Curatoris adiit. Si verò filius sua sponte adiit, sine iussu Curatoris, sibi acquirit, non patri. l. ult. C. de cura. furio.

A S S E R T I O X L V.

Heres implendo conditionem potestativam, sub qua institutus est, hereditatem statim adire censetur.

PR O B A T & confirmat hanc thesin l. iam dubitari 86. §. 1. ff. de here. inst. Sed huic sententiæ obicitur l. 1. §. 1. ff. de cond. cau. da. cau. non secu. l. si pupillus. & l. ei qui ita. ff. de cond. inst. ubi dicitur, quod qui implet conditionem, non censetur adire hereditatem. Hoc enim tantum facit implementum conditionis, ut institutio pro pura habeatur, quæ prius erat conditionalis. Itaque is qui implet conditionem, hoc ipso non efficitur heres, nisi postea se gerat pro herede. d. l. ei qui ita. Resp. cum Accurs. & Bart. in d. l. 86. §. 1. sub distinctione. Aut heres implet conditionem eo animo, ut sit heres, ut puta, si dicat se ea mente parere conditioni, quod velit esse heres, & tunc implendo conditionem statim fit heres. Aut eo animo implet conditionem, ut puram tantum reddat institutionem, ac deinde de adeunda hereditate deliberet & decernat, & tunc impleta conditione, liberum ei est vel adire, vel repudiare hereditatem. l. Antistius 82. ff. de acq. hered.

A S S E R T I O X L V I.

Cuius rei legatario non est commercium, ei inutiliter ea res legatur.

LE G A R I res non possunt, quæ sunt extra commercium hominum, hoc est, quarum possessionem vel dominium nemo acquirere potest. Vlp. in fragm. tit. de domin. In hoc autem articulo ita distinguendum. Aut heres, vel is à quo relinquitur legatum, non habet rei commercium, sed legatarius habet, & tunc valet nihilominus legatum, l. mortuo 49. §. Labeo. de leg. 2. Aut legatario non est rei commercium, & tunc nullius

nullius momenti est legatum, adeò vt ne quidem æstimatio debeat. *l. cum seruus 39. §. vlt. de lega. 1.* Exempli gratia. Christiani serui est commercium, Iudæus tamen eius commercium non habet Ergo legatario si sit Iudæus, inutiliter talis seruus legatur. *l. vnic. C. Ne Christ. manc. Iudæ. hab.*

Obijcitur *l. sed si res 41. de leg. 1.* vbi dicitur, quòd si res, cuius commercium non habet legatarius, ab eo per fideicommissum relinquatur ei, cuius non est possidendi, æstimationem deberi. Sed ea lex emendanda est, & posterior negatio dispungenda, vt hic sit sensus: Si legetur alicui res, cuius commercium non habet, & rogetur restituere ei, qui eius commercium habet, valere fideicommissum. *ex l. multum 34. de ver. obl.* vbi dicitur, quando is cui acquiri debet, capax est relictæ, valere legatum, licet promissor seu debitor non sit capax: aliàs nisi ita prædicta lex legatur, impossibilis erit eius conciliatio. Ita notat Cuiac. *ad d. l. multum.*

Secundò opponitur *l. filiusfam. 114. §. si quid alicui. de leg. 1.* vbi dicitur, si alicui res legetur, quam capere non potest, tamen debetur æstimatio. Resp. sub distinctione. Aut legatarius est incapax legati propter delictum suum, vt puta si tutor pupillam suam duxit in vxorem, & hic nihil ex testamento eius capere potest. *l. vlt. de leg. 1.* Ideo quæ inutile est legatum, quod tutor ex testamento eius accepit, nec debetur æstimatio. Aut legatarius extrinsecus propter corporis vitium, aut legati qualitatem non est capax legati, & eo casu debetur æstimatio. Veluti si claudus aut loripedi cursoris, vel muto legetur cantoris officium. Ita distinguit Gl. *ad §. non solum. Inst. de legat.* quæ communiter ab omnibus est approbata.

Obijcitur postremò *l. fideicommissa x1. §. si seruo. de leg. 3.* vbi seruo incapaci relicta est militia, & tamen debetur æstimatio. Resp. Ideò debetur æstimatio, si sciens seruo eam legauit, quia in legato militia, hoc est, quando redditus officiorum annui in scholis alicui armatam vel inermem militiam exercenti legantur, æstimatio inest: & tale legatum magis in quantitate, cuius seruus non est incapax, quàm in corpore consistit. *d. l. mortuo. §. 1. l. Titia 87. de leg. 2.* Cuiac. *ad d. l. multum.*

Ex hac decisione eleganter inferitur, quòd si à vasallo feudum alicui extraneo testamento relictum est, non valere legatum, adeò vt ne quidem æstimatio debeat. Ratio est, quia cum feudum extra familiam alienari non possit, & extraneus eius possidendi ius non habeat, neque ei per legatum relinqui potest. *Curt. in tract. feud. par. 4. num. 126. Pres. in loco à feudo ad emphyt. num. 16.* per generalem regulam traditam in *d. l. cum seruus. §. vlt.* quòd quando aliquid legatur, quod non est in commercio legatarii, tunc nec debetur eius æstimatio.

ASSER-

ASSERTIO XLVII.

*Quantitas eadem sæpius legata, pluries debetur,
volente testatore.*

INTER speciem & quantitatem legatam hæc seruetur differentia, ut si quantitas eadem sæpius legetur, tunc pluries debeatur. Sed si eadem species sæpius eidem legetur, tunc semel tantum debetur, quia res semel mea facta, amplius mea fieri non potest. *l. planè 34. §. 1. de leg. 1.* In hoc autem articulo ita latius distinguendum. Aut in vno testamento eadem quantitas sæpius relinquitur, & tunc semel tantum debetur, nisi legatarius probauerit defunctum voluisse multiplicare legatum. Præsumitur enim, si in eadem scriptura sæpius vnum legatum scribatur, quod testator potius illud repetere & inculcare, quam multiplicare voluit. *d. l. planè. §. 1.* vbi ita sentit *Gl. & Bart.* Aut testator diuersis scripturis eandem quantitatem sæpius legauit, vtruta testamento & codicillis, & tunc præsumitur voluisse legatum multiplicare, itaque sæpius præstabitur. Exempli gratia Si testator legauit testamento 50. & codicillis 50. præsumitur facta multiplicatio. Ideoque debebuntur centum, nisi contrarium heres probauerit, *l. quingenta 12. ff. de probat.* Quod si verò dispares quantitates sunt relictæ siue in eadem vltima voluntate, siue in diuersis, tunc vtrunque legatum præstabitur, *tex. notab. in l. 3. §. cum Titio. & l. cum centum. ff. de adi. lega. Zaz. ad d. l. planè. §. 1. num. 10.*

Obstat huic doctrinæ *l. Sempronius 47. de leg. 2.* vbi testator cum vnum testamentum duabus tabulis scripsisset, in vno legauit centum, in alio quinquaginta, deciditur, quod tantum quinquaginta debeantur. Resp. Ibi vtraque quantitas deberi non potest, quia testator non nisi vno testamento decedere potuit. Itaque in dubio minor summa debetur, nisi legatarius contrariam voluntatem probauerit. *l. si ita 14. de leg. 1.* Idque etiam confirmat hæc ratio, quod in dubio potius heres est releuandus, quam grauandus. *per l. vnum ex familia 67. §. si rem tuam. ff. de leg. 2.* vbi dicitur, quod testator in dubio præsumatur potius voluisse releuare heredem, quam onerare & grauare. *Fac. l. Titia 38. §. Siia. ff. de aur. & arg. lega.* vbi dicitur, quod in dubio voluntas testatoris ita sit interpretanda, ut de minori summa & quantitate sensisse videatur. Vide latè & solidè de hac questione differentem *Gomezium in var. resolut. ad tit. de Legat. num. 38. & 53.*

Secundò

Secundo obijciuntur *l. libertis. ff. de ali. lega.* ubi primo testator legavit testamento menstruos decem, deinde codicillis menstruos septem: in hac specie deciditur, quod posterius legatum tantum debeat, ac si prior legata quantitas esset reuocata. Resp. Ideo in illa lege minor summa in posteriori ultima voluntate relicta debetur, quia in priori legavit certis tantum personis seu libertis, posteriori vero legavit generaliter omnibus libertis: hoc enim speciali casu minor summa debetur. Quando enim testator priori scriptura aliquibus legatum amplius relinquit, & in posteriori omnibus exiguius relinquit, tunc omnibus minor summa debetur, quia à priori voluntate recessisse videtur. *Zaz. ad d. planè. §. 1. num. 23.* Vel aptius & melius responderi potest, quod hoc specialiter procedat in legatis alimentorum, ne ultra modum alimentorum quicquam habeant legatarii. Illud enim speciale est in legatis alimentorum, ut non multiplicentur, nec reiterentur. *l. alimenta. §. basilica. ff. de ali. lega.* Ita notat *Duare. ad d. l. planè. §. 1.*

ASSERTIO XLVIII.

Legatum in alterius liberam & meram voluntatem conferri non potest, sed in alterius voluntatem, tantquam viri boni arbitrium collatum, valet.

PAVVS & Vlpianus in *l. 1. de leg. 2.* & *l. Senatus 43. §. legatum. de leg. 1.* in arbitrium alterius conferri legatum, velut conditionem posse scribunt. Verum Modestinus in *l. nonnunquam 52. ff. de cond. & dem.* in alienam voluntatem conferri non posse legatum respondit. Hæc ICrum responsa ibi contraria videntur, ut affirmantia & negantia. Charondas in *liberis τὸ θανάτων* ea sic conciliat, ut si legatum in alterius arbitrium, tantquam quævis conditio conferatur, ipsum valeat, tantquam si testator boni viri arbitrium intellexisset. Verum si huiusmodi sit legatum, ut testatorem alterius voluntatem ita elegisse constet, ut ex ea legati dationem pendere omnino, non tantquam ex boni viri arbitrio sensisse videatur, legatum est inutile. Sic enim de bonis suis testatorem disponere oportet, ut ultima ius sententia ex alterius nutu non pendeat, sed ut ipse declaret ex suo ipsius arbitrio & iussu, quid post mortem suam fieri velit. Vera itaque hæc est conclusio, quod in meram liberam & absolutam voluntatem tertij

S f

non

non rectè relinquatur legatum, sed in arbitrium tertii, vel per verba denotantia arbitrium rectè confertur, quia tunc legatum illo arbitrate efficaciter debetur. tex. est qui sic debet intelligi in *d.l. de leg. 2.* vel eo non arbitrate, recurritur ad viri boni arbitrium. *l. ult. §. sed etsi quis. C. Com. de lega. l. si sic. 75. de leg. 1. Gomez. tomo. 1. Resolu. de lega. num. 47.* Similiter in heredis meram & absolutam voluntatem legatum poni non potest, ut si testator dicat, lego Titio centum, si heres meus voluerit. *d.l. Senatus. §. legatum.* Sed si legatum conferatur in arbitrium heredis, hoc modo, si aestimaverit, si comprobaverit, si iustum putaverit heres, legatum valet, & tenetur heres ad eius præstationem: quia si fuerit iustum & æquum, debetur: licet heres non arbitretur, vel contrarium decernat: quoniam quasi viro bono potius ei commissum est, non in meram eius voluntatem collatum. *d.l. si sic l. 1. §. quanquam. de leg. 3. l. fideicommissa 46. de fid. lib.* Ita pulchrè tradit Cuiat. lib. Obs. 2. cap. 2.

Præterea in hoc tractatu alia adhuc antinomia occurrit: nam Pomponius in *d.l. si quis 68. ff. de hered. inst.* decidit non valere legatum collatum in arbitrium tertii, hoc modo, si Titius voluerit, valere tamen sub hac conditione, si Titius Capitolium ascenderit. Diuersum decidit *Ulpian.* in *l. 1. de deleg. 2.* ubi videtur asserere, utroque casu legatum rectè relinqui, siue dicat testator, si Titius Capitolium ascenderit, an si voluerit. Resp. Apud *Ulpian.* in *d.l. 1.* hæc oratio proponitur per interrogationem. Quid interest, an mihi legetur, si Titius voluerit, an, verò, si Capitolium ascenderit: atqui ibi nihil definitur. Certum tamen est ex *d.l. si quis*, has formulas legati plurimum inter se differre. Valet legatum, seu institutio heredis, sub conditione, si Titius Capitolium ascenderit: non valet, si Titius voluerit. Ratio diuersitatis est, quia hæc conditio si Titius voluerit, planè confertur in arbitrium Titii, & sola hinc Titii voluntas quodammodò spectatur, nec relinquitur aliquid voluntati testatoris. Itaque vitiosa est hæc dispositio, quia testamentum est voluntatis nostræ, non alienæ de rebus nostris dispositio. At quando ita legatur, Caio do lego, si Titius Capitolium ascenderit, tale legatum valet, quia tunc testator certus est de sua voluntate, neque confertur dispositio plenè in Titii arbitrium, sed hoc principaliter agitur, ut aliquid faciat Titius, quod fortassis interest testatoris ad effectum deduci, & ita non principaliter, sed in consequentiam pendet legatum ex voluntate Titii. *Duare. ad tit. ff. de cond. inst. Connan. lib. 1. Com. c. 6.* Itaque quod in *d.l. Senatus. §. 2.* traditur, in aliena voluntate legatum poni posse, hoc accipiendum est ita, quòd tacitè poni possit, ut in hac conditione accidit, si Titius Capitolium ascenderit, expressè verò in alienam voluntatem legatum conferri non potest. *Donel. ad l. 43. de V.O. num. 6.*

Obiici-

Obijcitur etiam huic assertioni *l. si quis mihi 25. §. si coram. ff. de acq. her.* ubi valet aditio hereditatis, quæ fit arbitrio Titij. Resp. In eo loco iussus est filius à patre hereditatem adire coram Titio, quod perinde est, ac si Titio sciente, intelligente & arbitrante adire iussus sit, id est, illius consilio & arbitrio, non voluntate: alioqui conferretur hereditatis aditio in alienum arbitrium. Inuito igitur Titio potest adire, non debet & velle Titius, sed debet adesse, & intelligere quid agatur, & consulere heredi: si opus foret, atque ita videtur heres adeundo paruisse voluntati defuncti. *coram 209. vbi Cuiac. ff. de V. S.*

Postremò obiicitur. *l. fideicommissa 11. §. sic fideicommissum, de leg. 3.* ubi dicitur, quòd valeat legatum ita conceptum: Titio fundum lego, nisi heres meus noluerit. Resp. Ideò illud legatum valet, quia conditionale est, & primam voluntatem exigit: hoc est, si contigerit heredem semel voluisse, amplius sententiam mutare non potest: quia in perpetuum tractum voluntatis eius legatum non est collatum. Aliud obtinet in conditione, si voluerit, nam ea futuri temporis tractum perpetuum includit, & iurandæ voluntatis potestatem delatam significat. Ideoque tale legatum, cum heredem nullo modo obstringat, non valet. *arg. l. centesimis. vlt. ff. de verb. obl. Rober. lib. 2. recep. sent. cap. 10. & 11. Vide latius de hac questione differentes, Fachin. lib. 5. contro. c. 58. & 59. Cuiac. lib. 2. Obs. c. 2. Duaren. ad l. Senatus 43. §. Legatum. de leg. 1. Sarmientum lib. 1. selectar. interpret. c. 6. & lib. 8. c. 2. ubi notat inter d. l. 1. de leg. 2. & l. si quis Sempronium 8. ff. de er. inst. apertam esse antinomial, quæ nullo modo conciliari potest quem sequitur Emanuel Acofta. lib. 1. select. interpretat. cap. XXI.*

ASSERTIO XLIX.

In legato generis est electio legatarij, nisi aliud testator dixerit.

PROBATVR hæc decisio expresso textu in *§. si generaliter. Inst. de lega.* Adhibetur autem plerunque in hoc articulo hæc distinctio, Aut testator verba legati direxit ad heredem, hoc modo: Heres meus damnas esto dare Sempronio vnum ex meis equis, feris, &c. & tunc heredis est electio. *l. qui concubinam. 29. §. 1. in fi. de leg. 1. si is cui 19. l. si ita relictum 43. §. vlt. de leg. 2.* ubi legatum fuit hac formula relictum, Heres dato: ideoque electio est heredis, quia verba

cum respiciunt. Aut ad legatarium verba directa sunt, ita dicendo: Sempronius habeat, capiat unum bouem: & tunc legatario datur electio. *l. planè 34. §. ult. de leg. 1.* ubi testator ita dixit, Fundum aut usumfructum sibi habeto legatarius, & dicitur legatarii electionem esse, quia verba ad eum referuntur. *Sneider. & Wesem. ad d. §. si generaliter.* Cum autem verba legati sunt dubia, electio est legatarii, ut si dicat testator, do lego. *l. Lucio 23. de leg. 2.* Ratio est, quia hoc legatum est vindicationis, in quo recta via dominium transit in legatarium, & qui rem vindicat, certam rem, quam & qualem petat, exprimere tenetur. *l. 6. ff. de rei vend. l. huiusmodi 84. §. ult. & l. seq. de leg. 1.* Aliud est in legato damnationis, in quo heres constituitur debitor, & verba referuntur ad heredem, ideoque quia regulariter in obligatione generis est electio debitoris, *l. qui ex pluribus 106. de V. O. l. plerunque. ff. de iur. dot.* heres unam ex pluribus speciebus eligere potest. Præterea ex eo legato oritur tantum actio personalis ex testamento, non rei vindicatio, & sic cessat hæc varietas actionum propter quam competit electio legatario, *l. si seruus 108. §. cum homo. de leg. 1.* & ibi pulchrè *Cuiac. ad Afric.* Hodie verò ex quo iure nouo proditum est, ut non solum actione ex testamento in personam agatur, sed etiam in rem ex omnibus generibus legatorum, idque in fauorem legatarii sit constitutum, *l. 1. C. Com. de lega. d. §. cum homo.* meritò tribuenda est electio legatario in legato generis: si modò eius generis res testator in patrimonio habuerit. *l. 2. ff. de opt. leg. Baro in manual. ad tit. de legat. Duare. ad d. l. legato.*

Obiicitur *l. legato 37. §. 1. & l. si quis à filio 32 §. 1. l. cum seruus 39. §. Scio. de leg. 1.* ubi dicitur, quòd si quis plures seruos vel fundos eiusdem nominis habens, legauit unum fundum vel seruum, nec appareat de quo senserit, electionem esse heredis. Resp. Ibi testatorem de certa re seu specie sensisse probabiliter colligi potest, quo casu heredi competit electio. Cum enim constet testatorem certam rem animo agitasse, simul quoque certum est, nullam eum electionem legatario tribuisse, neque omnes res legato subiicere voluisse. Ideoque cum ob defectum probationis eius quod actum est, inutilis dispositio reddi videatur. *l. duo sunt Titii. ff. de test. tute.* tamen quia certum est, testatorem unam rem dare voluisse, eius voluntatis conseruandæ gratia in legatarli fauorem id legatum valere interpretamur: sed ita ut heredi in eo grauato, quòd non corruat actus, tanquam debitori existenti concedatur electio. *arg. l. plerunque ff. de iur. dot.*

Sed huic sententiæ iterum obstat *l. qui duos 20. de leg. 1.* Quidam duos seruos habebat, unum ex eis legauit, non intelligitur quem legauerit, legatarij

gatarij electio est, inquit. Sed dissimilis est hæc species, quoniam hic testator non sensit de certo seruo, sed legauit vnum ex duobus per vindicationem; non dixit, Stichum lego, tunc sentiret de certo. Itaque non sensit de certo corpore, vnde merito dicitur legatario competere electionem. *Duare. ad d. l. legato.*

Illud autem notandum, quod quando in legato generis legatarius habet electionem, tunc neque optimum, neque pessimum, sed mediocre eligit, & hoc ab herede ei præstabitur. *d. l. legato 37. l. si heres 110. de leg. 1. l. sancimus. §. 1. C. de dona.*

Secundò obijcitur *l. 3. & 4. ff. de trit. vin. oleo leg.* vbi dicitur, quod vino vel oleo generaliter legato, non adiecta certa qualitate, præstandum non esse optimum vel mediocre, sed id quod heres elegit. Resp. Hoc verum est, quando legatum generis in quantitate consistit, tunc enim electio est heredis, & heres liberatur dando minimum. *l. si fideiussor 52. ff. Manda.* Sic etiam nummis in genere legatis exiguiore debentur. *l. nummis 73. de leg. 3. Zaz. ad d. l. legato 37. Rober. lib. 2. sent. c. 14.*

Tandem obijcitur, quod in generali seu alternativa obligatione & promissione electio est debitoris. *l. plerumq. 10. §. vlt. ff. de iur. dot. §. si quis agens. 33. vers. huic autem. Inst. de actio. l. qui ex pluribus 106. ff. de verb. obl.* Resp. Ea non procedit in legatis, & vltimis voluntatibus, sed in stipulationibus, & contractibus. Ratio diversitatis est, quia stipulatori potest imputari, cur aperius non expresserit voluntatem suam, aut cur latius verba non conceperit, cum id ei facere liberum fuerit. *l. stipulatio ista 38. §. in stipulationibus. l. nuncquid adstringenda 99. ff. de verb. oblig.* Ast in legatarij potestate non fuit, ut aliter testator loqueretur. *Duare. ad l. legato generaliter 37. ff. de lega. 1. Harrechrus ad §. generaliter. nu. pen. & vlt. Inst. de legat.* Vide de hac questione atissimè & plenissimè differentem. *Sarmientum libr. 8. selectar. interpret. ad l. Lucio Titio 23. de leg. 2.*

ASSERTIO L.

Rectè definitur legatum, quod sit donatio quædam à defuncto relicta.

HÆc definitio traditur à Iustiniano in *§. 1. Inst. de lega.* vbi hæc verba quæ addita sunt AB HEREDE PRÆSTANDA, spuria & supposititia sunt, à sciolo quodam imperitè adiecta, ideoque reijci debent. Probatur hoc primò, quia Theophilus Institutionum paraphrastes

S f 3

eorum

eorum verborum non meminit, & absunt à definitione Modestini in *l. legatum 36. de leg. 2.* Secundò probatur hæc sententia per *l. Lucius 22. de leg. 2.* vbi refertur, legata etiam ab ipso testatore in vita eius solui & præstari posse. Ergo non semper ab herede eius præstanda sunt. Idem probat *l. filia. C. eod.* Tertiò & confirmatur hoc ea ratione, quòd legata ab alio, quàm ab herede præstentur. Nam legata hodie ex constitutione Iustiniani fideicommissis sunt exæquata. *l. 2. C. Com. de lega.* At fideicommissa præstantur non solum ab herede, sed etiam ab herede heredis vel legatarij, item à patre vel domino heredis, imò & à legatario & fideicommissario præstantur. *l. 5. §. ult. cum l. seq. de leg. 3. Inst. de reb. sing. per fideic. relic. in princ.* Ideoque & à legatario, item herede heredis & legatarij, sicut fideicommitteri, ita & legari potest, & sic non semper ab herede legatum præstatur. Quinimò & à marito, qui morte vxoris dotem lucratur, vxor legatum rectè relinquere potest. Denique à donatario causa mortis, & ab omni eo, qui quid mortis causa accepit à defuncto, sicut fideicommitteri, ita & legari potest. *l. ab eo. C. de fideico.* vbi dicitur ab omnibus fideicommitteri quid posse, ad quos quid peruenturum est ex morte defuncti. *l. 1. §. pen. de leg. 3.* Itaque ex his rationibus liquidò apparet, quod illa verba AB HEREDE PRÆSTANDA, veteri definitioni legati, non nouæ conueniant. *Gode. ad l. verbis 120. de ver. sign.* Dissentit *Anto. Fab. lib. 6. coniect. c. 1.* qui tradit hæc verba, ab herede præstanda, esse in definitione legati retinenda. Cui adstipulantur *Cuiat. in paratit. ff. de leg. 1. Donel. lib. 8. comment. c. 1. Wesemb. & Vulte. ad §. 1. Inst. de legat.* Vide latius ad explicationem huius definitionis legati, quæ eleganter tradit *Sarmientus lib. 8. Select. interpret. cap. 1. ad Rubric. de legat. 2.*

A S S E R T I O L I.

*Sicut aucto legato, quod accedit, pertinet ad legatarium,
ita diminuto legato, quod superest, debetur.*

AVGMENTVM & diminutio in re legata contingens pertinet ad legatarium, nisi constet testatorem voluntatem mutasse. Vnde si arcæ legata imposuit ædificium post testamentum factum, debebitur domus imposita legatario: & è contra domo diruta casu aut vi maiori, debetur adhuc arcæ, quæ est maxima pars ædium, & consequenter rudera & cæmenta. *l. si ex toto 8. de leg. 1. l. si arcæ 39. de leg. 2. l. si grege 22. de leg. 1.* Sed si testator ex proposito seu consultò domum legatam destruxit, aliamque

aliāque ibi ædificauit, legatum interit, quia creditur mutata voluntas testatoris. *l. si ira legatum 65. §. fin. de leg. 1.*

Sed in hac re pugnare videtur *l. si chorus 79. §. area. de leg. 3. cum d. l. si area. Duare. ad d. l. 8.* hæc ita conciliat, vt regulariter area legata ædificium areae impositum debeat: sed tamen hoc non procedit, si appareat ex coniecturis testatoris voluntatem mutatam, vt si homini tenuis fortunæ legata sit area, & postea magnifica & sumtuosa domus areae imposita, non debetur ædificium. *arg. l. seruum 44. §. si area. de leg. 1.* Quod & videtur Accursentire in *d. l. si chorus. §. area.* Itaque in dubio area legata debetur & impositum ædificium, nisi testator voluntatem mutauerit. Generaliter enim superficies cedit solo: mutarę autem voluntatis probatio exigitur ab herede. *l. 11. §. si rem. de leg. 3.* Et si heredi non suppetat probatio in hac specie, præsumitur testator imposito areae ædificio, potius auxisse legatum, quàm mutasse voluntatem. Diuersum obtinet, si lana legata sit, & vestis ex ea fiat, item si ex sylua legata nauis extruatur, aut ex marmore legato conficiatur statua, tunc enim exinguitur legatum *l. Seruius 57. l. quesitum 78. §. illud. l. lana 83. de leg. 3.* Ratio diuersitatis est, quia in prioribus casibus species noua non planè perimit priorem, ideoque illud quod mutatum est, debetur. Sed quando prior species ita mutatur, vt planè extinguatur, nec in priorem speciem iterum redigi possit, interit legatum, vt si fiat ex sylua nauis. At si res ad priorem spæciem reduci possit, vel prior species non planè extinguatur, mutatio non perimit legatum. Vnde area legata domus imposita debetur, & massa argenti legata, scyphi ex ea facti debentur. *d. l. lana. Cuiac. lib. Obs. 23. c. 22.*

Verùm adhuc magna superest antinomia, in eo quod de lana dictum est: nam in *l. seruum 44. §. si pocula. de leg. 1.* respondit Vlpianus, veste facta ex lana deberi vestem. Id Paulus negat in *d. l. lana.* Respondet Duarenus ex sententia veterum, quod regulariter lana legata non debetur vestis, nisi appareat testatorem vestem quoque voluisse deberi: vt si fortè fecit vestem, quo plenius consulere legatario, quia in ea re sumtum facturum erat. Et hoc est, quod dicit Vlpia. in *d. §. si pocula*, si modò non mutauit testator voluntatem. Itaque lana legata non aliter debetur vestis ex ea facta, quàm si ex coniecturis appareat testatorem hoc voluisse. *Duarenus ad d. §. i pocula.*

Denique obstat prædictis textus in *l. mortuo 49. de leg. 2.* vbi mortuo boie legato, nec caro, nec corium debetur. Resp. Ibi res ipsa animata, quæ erat legata, peremta est, quæ longè differt in substantia ab illa, quæ remanet, & ideo nihil debetur. Non eadem est materia nec forma mortui pecoris, quæ viuientis, nec caro eadem. Animal enim legatum est, animalis verò nihil

nihil superest, quia exuviae non sunt pars animalis. Cui legi non aduersatur *l. si seruus. §. boue. ff. de cond. furt.* quæ mortuo vel occiso boue furtiuo, ait dominum condicere aut vendicare *λεΐψαι*. Nam ea lex loquitur de domino, nos loquimur de legatario nondum nato rei legatæ dominium: hoc est, si bos perijt viuo testatore, vel ante aditam hereditatem. Animal legatum non est legatarii, nisi post mortem testatoris, & aditam hereditatem. *l. si tibi 86. §. cum seruus, de leg. 1.* Ideoque si interim pereat sine dolo & culpa heredis, nec æstimationem, nec *λεΐψαι* petere poterit legatarius. *Duarenus ad d. l. si grege.* Vide de hac quæstione latè & plenè differentem *Sarmientum lib. 8. select. interpret. in explicat. one l. cum fundus 10. ff. de leg. 2.*

ASSERTIO LII.

Res hostium legari potest.

IN hac ambigua quæstione, an res hostium commodè legari possint, ita distinguendum est. Aut res apud hostes existens, aliquando nostra fuit, & ea rectè legari potest, propter spem postliminii, quia fieri potest, vt eam deuictis hostibus recuperemus, aut pretio redimamus. *l. id quod apud hostes. 9. l. seruus ab hostibus 98. de leg. 1. l. ult. ff. de act. emp.* Aut res apud hostes existens, nunquam nostra fuit. Et hæc absolutè legari non potest, sed ita demum, si aliquo casu emi possit. *l. ab omnibus 104. §. etiam de leg. 1.* Hoc est, ex tantum res hostium legantur, quæ eiusmodi sunt, vt rectè emi & vendi possint, quales sunt pleræque res mobiles, exceptis armis, & quæ ad victum parandum pertinent: reliquorum enim mobilium commercium cum hostibus rectè exercetur. *l. cotem ferro. ff. de publ. & vect. l. 1. & 2. C. Quæ res exp. non deb. l. vnic. C. de litto. & itin. custod. lib. 12.* Itaque & illæ res hostium rectè legantur, quæ ab hostibus emi possunt. Fundi verò & aliæ res immobiles hostium nulla ratione emi possunt, cum bello capti publicentur, & filco addicantur, non autem fiant occupantis, *l. si captiuus 20. §. 1. ff. de capt. & postl.* Ideoque nec stipulari aut legare fundum hostium possumus. *l. liber homo 103. de verb. obl. Rober. lib. 1. sent. iur. c. 17.*

ASSER-

ASSERTIO LIII.

*Legatum fundi in genere relictū, siue testator habeat fundos
in patrimonio, siue non, nullius est momenti.*

RATIO huius assertionis est, quòd fundus sola destinatione & voluntate patrisfam. constituitur, ita ut quælibet minima pars fundi, veluti palmis vel cespes terræ, possit dici fundus. *l. quod in rerum 24. §. si quis post. l. planè 34. §. ult. de leg. 1. l. locus 60. de V. S.* Ideoque cum heres vel minimam partem agri dando liberetur, meritò dicitur derisorium, & nullius momenti hoc legatum. *tex. in l. cum post 69. §. gener. ff. de iur. dot. tex. in l. ita stipulatus 115. de V. O.* ubi Ioan. de Imola istam opinionem dicit magis communem, sicut & lasan notat in *l. legato generaliter. de leg. 1.* Contrariam opinionem defendit Petr. de bella Partica in *d. l. ita stipulatus*, quem ibi refert Bart. in *8. oppos.* quòd scilicet valeat legatum fundi in genere, si modò testator reliquit fundos in patrimonio. Sed tamen prior sententia verior est, & in iure magis fundata.

Obijcitur *l. si domus 71. de leg. 1.* Vbi dicitur, quòd legatum domus in genere relictum valet, si modò testator reliquit domos in patrimonio, teneturque heres eam domum soluere quam volet: si verò nullam domum reliquit, derisorium magis est legatum quàm utile. Resp. Illa lex procedit in domo seu prædio urbano: cuius non est tanta incertitudo, quàm fundi rustici, cum domus appellatione intelligatur omne ædificium aptum ad inhabitandum. Sed in fundo rustico maior est incertitudo, cum fundus possit intelligi tam de loco ad seminandum destinato, quàm de vinea, prato, horto, vel alio simili: quod non est in prædio urbano. Præterea licet fundus rusticus habeat certos aliquos fines & limites, factis hominis circumscriptos, tamen non ita sunt fixi certi & perpetui, sicut imites fundi urbani: quia domus magis realiter distinguitur quàm fundus, scilicet per cæmenta, ligna, lapides & parietes. Ideoque generale fundi rustici legatum meritò vitatur propter incertitudinem. Ita tradit Gomez. in *var. resolu. c. de lega. num. 23. & c. de qual. contract. num. 8.* Est enim certa & certa regula, quòd omne legatum, omnisque stipulatio, quæ ad eam vilissimam reduci potest, nullius est momenti. *d. §. gener. l. trit. cum. ff. de verb. obl.* Ita notat Cuiat. lib. Obs. 14. c. 36. Approbat Fachinaeus lib. 12. contro. iuris cap. 37.

T t

ASSER-

ASSERTIO LIV.

*Cum certa pecunia vel quantitas legatur, tanquam corpus,
pars eius pecuniæ, quæ superest, debetur.*

QUANDO testator legat quantitatem tanquam certum corpus vel speciem, veluti si legat Titio decem, quæ in tali arca vel loco habet, tunc ea quantitas tantum debetur, quæ in designato loco reperitur, siue tanta sit summa, quantam testator expressit, siue minor. Text. est in *l. si seruus 108. §. qui quinque. de leg. 1. fac. l. sed si certos 51. ff. eo.* Additur ratio in *d. §. quia cum quantitas tanquam certum corpus legatur, & ea quantitas in rerum natura non sit, nihil legatum videtur.* Non enim pecunia hinc tanquam quantitas consideratur, cum ea veluti genus non possit perire. *l. incendium. C. si cer. pet. sed tanquam corpus vel species, cuius interitu sine sua culpa contingente debitor liberatur. l. si ex legati 23. ff. de V.O.* Additur in *d. §. qui quinque*, quod ea tamen summa quæ superest, debetur. Idemque subiicit Africanus in stipulationibus obtinere.

Cui è diametro repugnat *l. si ita stipulatus 120. ff. de ver. obl. vbi dicitur, si quis ita stipulatus est, hanc summam centum aureorum, quæ est in hac arca vel mensa, mihi dabis: si non sit quantitas centum aureorum, nulla & inutilis est, etiam respectu eius quantitatis, quæ minus reperitur, stipulatio.* Resp. In isto exemplo præcisè actum fuit inter contrahentes de summa centum aureorum. Ideoque inutilis est stipulatio propter mentem contrahentium, si tanta summa non reperitur. *Ias. & Duare. ad d. l. 120. Peck. ad c. plus semper. de R.I. in 6.*

Secundò obijcitur, quod falsa demonstratio legatum non vitiat, *l. 17. ff. de cond. & dem.* Itaque si Titio decem quæ in arca sunt, legata sunt, debetur legatum, licet nulla pecunia sit in arca. Resp. Quod dicitur falsam demonstrationem non vitare legatum, hoc verum est, dummodò aliquid sit quod legatur: at in proposito res nulla subest, si nulla pecunia in arca reposita extet. Qui enim decem quæ in arca sunt legat, non quantitatem legat, sed corpus quod non extat. *l. 1. §. 1. vers. sed etsi dotem. ff. de dot. praleg.* Sic statuunt *Pac. cent. 6. conc. 32. Baro in manus. ad d. tit. qui notat, hoc legatum, Centum quæ in arca habeo, non tam falsam demonstrationem, quàm certam relationem continere ad certum subiectum: quæ relatio efficit, ut subiecto non existente, ad quod relatio legati facta est, deficiat legatum.*

Tertiò

Terriò obijcitur *l. si sic legatum* 75. §. 1. *de leg. 1.* vbi dicitur, quòd si testator legauit alicui decem, quæ Titio debet, nec quicquam Titio debeat, nihilominus decem debebuntur, nec falsa demonstratio perimet legatum. Resp. Quod dicitur, falsam demonstrationem legatum non perimere, hoc restringitur sub hac conditione, si modò id quod legatur, sit in rerum natura, *l. quibus* 40. §. pen. ff. *de cond. & dem.* Itaque cùm hoc in casu certa summa legata sit, quæ nullo certo loco definita est, ac proinde vndecunque sumi possit, falsa demonstratio legatum non perimit. Ratio diuersitatis est, quod certi loci definitio etiam in pecunia certum corpus facit, quòd non vbiuis, sed in loco tantùm designato sit, *l. planè* 34. §. *sed si non corpus. de leg. 1.* Itaque si hoc corpus in eo loco non extet, intelligitur legatum quod non est in rerum natura. At vbi certa summa legata nullo loco circumscripta est, apparet legatam eam quantitatem quæ in rerum natura est, quæ cùm possit vndecunque summa præstari, valet legatum.

Sed adhuc vehementer aduersatur *d. l. si sic*. §. 1. vbi deciditur, quòd si testator legat Titio decem, quæ sibi Titius debet, vel quæ sibi Sempronius debet, & neuter eorum quicquam debeat, in vtroque casu legatum non valet. Resp. Idè ista legata non valent, quia nullæ res extant, quæ legatae sunt. In priori casu, cùm testator legat Titio decem, quæ sibi debet, liberationem legat Titio ab illis decem: sed nulla est liberatio hominis non obligati, idcoque nullum est legatum. *l. legauit. de lib. leg.* In posteriori verò casu, cùm testator legat Titio decem, quæ sibi Sempronius debet, non legantur decem, quæ hæres præstet, sed legatur actio aduersus Sempronium, quæ nulla esse potest aduersus eum qui nihil debet. Pulchrè Donel. *lib. 8. com. c. 14.*

ASSERTIO LV.

Quando testator legat fundum sibi cum alio communem, pars testatoris propria tantùm debetur, nisi alteram partem redemit à socio; tunc enim totus fundus debetur.

CVM fundus communis legatur, pars tantùm debetur, quæ testatoris propria est. *l. 5. §. 1. de leg. 1.* Ratio est, quia censetur testator illud ius tantùm legasse, quod in fundo habet. *l. si domus* 71. §. vlt. *de leg. 1.* Idem dicendum est, si testator fundum quem cum alio communem

T t 2

habet,

habet, legat his verbis, Fundum meum dato; tunc enim pro parte domini legatum tantum consistit, non etiam pro parte socij, *tex. est in d. l. 5. §. ult. l. dominus 22. §. ult. de pecu. leg.* Rario est, quia meum etiam est, quod pro parte meum est. *l. si quis seruos 74. de leg. 3. l. illud 46. de rit. nupt.*

Sed quaeritur, si testator fundum communem ita legauit, Fundum meum dato: & deinde redemit partem socij, ita ut totus eius factus sit, an totus debeat legatario? Et decidit *Accur. in d. l. 5. §. ult.* quod totus non debeat, per *l. si ita. 7. de au. & arg. leg.* ubi traditur, quod haec verba, meum, tuum, praesens tempus testamenti significant. Atqui eo tempore pars tantum erat testatoris. Ergo ea pars tantum debetur. Quam sententiam *Accursij, Iason & Zazius improbant in d. l. 5. & recte statuunt, etiam partem post testamentum redemptam & acquisitam deberi legatario. per l. 8. & l. quod in rerum 24. §. 2. de lega. 1. l. cum fundus 10. de leg. 2.* ubi dicitur, quicquid adijcitur rei legatae post factum testamentum, id fieri legatarij.

Obijcitur *l. si ita 7. ff. de au. & arg. lega.* ubi dicitur, quod qui vestem suam, argentum suum legat, hoc legato tantum comprehenditur illud, quod testator tempore testamenti possidebat, non verò quod postea acquisiuit. Resp. Ista lex loquitur de accessione corporum separatorum, ut cum quis legat vestes suas, & post testamentum alias acquirit, illae non debentur legatario. Diuersum est, si pars accedens ita rei legatae adijciatur, ut cum ea uniat, tunc enim ista accessio debetur legatario, exemplo alluionis. *Zaz. ad d. l. 5. §. Labeo. num. 6. de leg. 1.*

ASSERTIO LVI.

Cui quid coniunctum legatur, cum altero, qui non est in rerum natura, ei iure Veteri pars tantum debetur, iure nouo solidum.

QUANDO duobus coniunctim eadem res legatur, & legatum ab initio non consistit in alterius persona, utpote quia non fuit in rerum natura tempore testamenti, tunc eius pars non accrescit collegatario, sed relinquatur apud heredem. *tex. est in l. si duobus 16. in princ. de leg. 1.* ubi talis facti species proponitur. Legauit quis fundum Titio, & Mauius quem credebatur viuere. At Mauius iam erat mortuus: quaeritur an Titio debeat totus fundus. Decidit I C. partem tantum ei deberi, & sic pars altera, quae pro non scripta habetur in persona Mauij, remanet apud

apud heredem. Ratio decidendi, cur hæc pars non accrescat collegatario, hæc est, quia nunquam substituitur legatum in persona Mæuij. Ergo nec accrescere poterat, quia non entis nullæ sunt qualitates. Legata quæ ab initio non consistunt in persona legatarii, pro non scriptis habentur. Ideoque apud heredes remanent. *l. huiusmodi § 4. §. si Titio. de lega. l. l. si Titio. ff. de lega. 2.*

Obiicitur §. *fin.* d. l. 16. ubi testator qui habebat uxorem gravidam, legauit Titio & postumis fundum, & deciditur, quod non nato postumo, Titio totus fundus debeatur iure accrescendi. Resp. In principio legis legebatur ei qui non erat in rerum natura, nec esse sperabatur, quo casu pars deficiens non potuit accrescere collegatario, quia illa pars nunquam coeperat, nunquam, ut ita dicam, pedem fixerat, ideoque nec alteri poterat accrescere, quia non entis nullum est accidens. Sed in §. *ult.* d. l. 16. legabatur ei, qui licet non erat in rerum natura, tamen sperabatur nasci, ut puta Titio & postumis legauit, cum fortè uxor erat gráuida: hoc casu, si propter abortum uxoris non nascatur postumus, pars deficiens legatario coniuncto accrescit, quia legatum in spe probabili constitit. Ille enim qui erat in utero, sperabatur nasci spe verisimili & probabilis. *Zaz. ad d. l. 16.*

Secundò aduersatur *l. quo loco. 20. ff. de her. inst.* Vbi pars mortui, quæ pro non scripta habetur, coheredi accrescit. Resp. Ibi loquitur IC. in hereditate, quæ non potest in partem deficere, quia non debet testator partim testatus, partim intestatus decedere.

Tertiò grauitè pugnat *l. unica §. in primo. C. de cadu. toll.* ubi dicitur, si duobus coniunctum legetur, & alter non erat in rerum natura tempore testamenti, quod coniuncto pars eius accrescat. Resp. Quod per eam constitutionem Justinianus derogauit iuri antiquo, & voluit, quocunque modo deficiat pars rei legatæ, etiam si pro non scripta sit, eam coniuncto accrescere, itaque principium *d. l. si duobus*, emendatur per *d. l. unicam*. Nam ea constitutio edita est post Pandectas, & in eadem lege, §. in secundo, ait Imp. è nouum ius componere, *Duare. ad d. l. 16. & lib. 1. de iur. accresc. c. 18.*

ASSERTIO LVII.

Legatum alicui relictum, cùm erit annorum xiv. non nisi expleto anno debetur: estque legatum hoc conditionale.

Unde si ante annum xiv. legatarius moriatur, ad heredem nihil transmittit.

QUÆRITVR, si legetur alicui, Cùm erit annorum xiv. vel cùm peruenerit ad annum xiv. quando debeatur legatum, seu quando intelligatur esse annorum xiv. vtrum cùm ingressus fuerit annum xiv. an verò cùm expleuerit? Et deciditur, legatarium ad legatum non admitti, nisi xiv. annum expleuerit. Annus cœptus non habetur pro completo. tex. est apertus in *l. si cui legetur* 49. in princ. de lega. 1. & *l. non putabam* 48. ff. de cond. & demon.

Verùm cum his legibus valdè pugnat *l. qui filium* 74. §. *Fabius*. ff. Ad S. C. Trebel. vbi ostenditur, satis esse, si legatarius inchoauerit annum xiv. Resp. In his legibus referuntur diuersa Imperatorum decreta. In *l. si cui* 40. & *l. non putabam* 48. refertur decretum Antonini Pii, quod obtinuisse apparet ex eo, quia *l. 49.* dicit, Certo iure vtimur. Itaque secundum illud decretum, quod vsu receptum est, hæc quæstio decidenda est. Id etiam decretum confirmauit *Alexander Imp.* in *l. penul. C. Quan. di. leg.* In *d. §. Fabius*, refertur Antonini Caracallæ decretum. Ergo non habetur annus incœptus pro completo. *Cuiac. ad l. 5. ff. Qui test. fa. pos.*

Notandum præterea est, legatum ita relictum, Cùm erit annorum xiv. esse conditionale, ideoque si legatarius interim moriatur, nihil transmittit ad heredem. tex. est rotundus in *d. l. si cui*. §. *hoc autem*, & *l. si Titio*. ff. *Quan. di. leg. ced.*

Quibus valdè obstat *d. l. penul. C. Quan. di. leg.* quæ apertè ait, illud legatum non esse conditionale, sed in diem, & ideo moriente legatario ante diem, transfertur in heredem. Resp. In *§. hoc autem*, & *d. l. si Titio*, ita fuit legatum, Cùm erit annorum xiv. do lego, hoc legatum est conditionale. At in *d. l. penul.* purè testator legauit initio, his verbis. Do filiæ decem; verùm separata oratione postea adiecit, quæ accipere debebit, cùm erit annorum xxv. His verbis legato iam antè pnrè relicto, non adiicitur conditio, sed dies tantum. Igitur si in illa specie filia moriatur, antequam peruenit

generit ad annum xxv. heres illius ista decem petet, non quidem statim, sed eo tempore, quo si viueret filia, legitimæ ætatis foret. Quod etiam confirmat *l. Firmio 26. §. 1. ff. Quan. di. leg. ced.* Ergo in illa specie legatum transmittitur ad heredem, & purum manet. Et hæc fuit sententia Iohannis in *d. l. penult.* quæ comprobatur à Bartolo in *d. l. si cui*, vbi breuiter & nervosè nasce leges ita conciliat, quòd in *d. l. penult.* tempus certæ ætatis post perfectum legatum adiicitur præstationi legati. At in *d. l. si cui. §. hoc autem*, adiicitur substantiæ legati, ideoque hoc casu posteriori facit legatum conditionale, non verò priori.

ASSERTIO LVIII.

Nemo potest cauere, ne leges in suo testamento locum habeant.

PRÆCLARA & insignis est hæc decisio, quæ traditur, quòd nemo potest in testamento suo disponere, vt leges in suo testamento locum non habeant: *l. nemo potest 55. de leg. 1.* Concordat *l. 5. §. Iulianus. ff. de adm. tuto. & l. testandi. C. de testa.* vbi dicitur, quòd testator non potest formam iurisdictionis in testamento mutare, aut iuri publico derogare. Ratio est, quia priuati hominis voluntatem plus virium, quàm leges habere non oportet.

Exemplum est in lege Falcidia. Nemo potest cauere, ne lex Falcidia in suo testamento locum habeat. *l. quod bonis 15. §. 1. l. Seius 27. ff. Ad l. Falc.* Verùm Iustinianus hoc immutauit in *No. 1. §. si verò expresim*: ex ea prohiberi potest Falcidia. Quod & ad quartam Trebellianicam rectè producit, vt & illa iure nouo à testatore prohiberi possit, quia & ad exemplum Falcidiæ introducta est. *§. sed quia heredes. Inst. de fideicom. hered.* Deinde eadem ratio est, nam non est periculum, ne heres sine lucro adeat, nam cogi potest adiectam inuitus iure antiquo. *Duare. ad d. l. 55.*

Similiter testator non potest in testamento derogare iuri publico, aut oblenitatibus, nec auferre alicui ius ex statuto debitum, vt puta legitimam liberis, dotalitium, aut quotam hereditariam vxori statutis municipalibus aut legibus assignatam. *Auth. præterea. C. Vnde vir. & vx. nisi quora hereditaria debeatur ab intestato*, tunc enim testamento auferri potest. Causa enim intestati cessat, neque admittitur conditio testamenti. Quartam tamen ex *d. Auth. præterea*, debitam, ne quidem iure ciuili coniugibus testamento auferri posse, communiter à DD. receptum est. *We-*

est. *Wesem. ad tit. Quitest. fa. pos. & ad tit. Vnde vir. & vx. in paratit.*

Obijcitur, quòd edicto Prætoris siue jure publico introductum est, ut de legatis sub conditione vel in diem relictis, heres cogatur satisfacere de legatis illis existente conditione vel die soluendis. *l. 1. & toto tit. ff. Ut legat. no. cau.* Atqui ea cautio potest à testatore remitti, valetque præceptum, quo testator cauet, ne heres eam præstare teneatur. *l. cum tale 72. §. 1. l. auria 76. vlt. ff. de cond. & dem. l. 2. & pen. C. Ut in poss. legat.* Resp. Antè constitutionem D. Marci ea cautio non potuit testamento remitti, sed post rescriptum eius Imp. hæc cautio legatorum testamento remitti potest, *d. l. 2. l. pactum 46. ff. de pact.*

Pertinet etiam ad hanc regulam hoc exemplum, quòd usufructuarius tenetur cauere, se usum fructuum boni viri arbitrio, & cum usus fructus finitus fuerit, se restitutum, quod inde extabit. *l. 1. Vsufr. quem cau.* Hæc cautio testamento non potest remitti. *l. 1. & 4. C. de usufr. l. pen. C. Ut in poss. legat.*

Sed obijcitur, quod dictum est in præcedenti exemplo, cautionem legatorum posse in testamento heredi remitti; cur ergo & cautio fructuaria non potest testamento remitti? Resp. Hoc specialiter receptum est in usufructu, ne detur occasio fructuario delinquendi, & abutendi re fructuaria: facilius & frequentius abutuntur fructuarii, qui cogitant se breui usum fructum amissuros, quàm heredes qui sperant se proprietate potituros. Vbi autem maius periculum imminet, ibi magis & diligentius cauendum est. *l. 1. ff. de Carb. edi. Duare ad d. l. 55.*

Vltimò quaeritur, an testator possit testamento remittere confectiōnem inuentarii heredi? Et rectè distinguit *Castren. in d. l. 55.* quòd pater testator possit remittere tutori, ne conficiat inuentarium de bonis filiorum. textus est expressus in *l. vlt. C. Arbit. tute.* Sed heredi non potest remittere, ne conficiat inuentarium in præiudicium creditorum hereditariorum, quominus ab eis etiam ultra vires hereditatis conueniatur: quia facto debitoris non potest conditio creditorum fieri deterior. *l. debitorum. C. de pact.* Sed si nulli sunt creditores potest in præiudicium legatariorum remittere heredi confectiōnem inuentarii, quia potuit ab initio eis non legare, ergo & limitare potest legatum. *arg. l. videamus. §. pen. & l. sequ. ff. de in lit. iur.* Ita decidunt quoque *Fachin. libr. 6. contro. iur. cap. 25. Iul. Clarus in recept. senten. §. testamentum. quest. 66.*

Pertinet ad hanc decisionem elegans exemplum in *l. Lucius 88. §. vlt. de leg. 2.* vbi talis proponitur scriptura. *L. Titius hoc meum testamentum scripsi sine vilo iurisperito, rationem animi mei potius secutus, quàm nimiam & miseram diligentiam. Et si minus aliquid legitimè, minùsve peritè*

peritè fecero, pro iure legitimo haberi debet sani hominis voluntas. Hic cauit testator, ne leges in suo testamento locum habeant. Sed ea scriptura habetur pro codicillis, non pro testamento: legitimi itaque heredes succedunt, non scripti. Hoc inquam testamentum solennitatibus iuris destitutum, non valebit tanquam testamentum, sed sustinetur ex bono & æquo tanquam codicillus, iure fideicommissi, tenebunturque proximi heredes ab intestato heredibus in hoc testamento imperfecto scriptis imperfecto scriptis portiones hereditarias per fideicommissum restituere. *Sichard. ad l. testandi 13. in si. de testam.*

ASSERTIO LIX.

Ille agit ex legato, cuius potissimum interest, licet verba legati non sint ad illum directæ.

ACTIO ex testamento datur illis, quorum interest, licet verba legati dispositiva ad eos non dirigantur. Ita deciditur in l. scrvo 69. §. si testator. de leg. 1. vbi hoc enunciatur duobus exemplis comprobatur. Primum est. Testator iussit, ut duo ex heredibus solvant debitum Titio creditori suo: hoc casu non habebit Titius actionem ex testamento, quia nihil eius interest, cum nihil amplius sit in legato, quam in debito. Verum coheredes habent actionem ex testamento, ut creditori solvatur, quia eorum interest creditori solui. Secundum exemplum. Pater iussit filiae nomine genero dotem dari, gener non habebit hoc casu actionem ex testamento, licet testator iusserit ei dari, sed filia: quia eius maxime interest dotem marito dari, ut sit dotata. Itaque interdum alius agit ex testamento, quam is cui iussit testator dari, ille scilicet, cuius potissimum contemplatione legatum relictum est. l. fideicommissa xi. §. interdum. de leg. 3.

Opponitur l. §. C. de in. dot. vbi cum pater pro filia dotem promississet genero, mortuo patre, maritus agit contra heredes soceri, non filia. Respondet *Accurs.* in d. §. si testator, quod illa lex loquatur de actione ex stipulatu, quæ datur ei, cui promissio dotis facta est, sed hæc assertio loquitur de actione ex testamento, quæ conceditur ei, cuius nomine legatum est.

Secundò obiicitur l. tali 48. §. ult. ff. de in. dot. & l. Titio 71. §. Titio genero. ff. de cond. & dem. vbi traditur, etiam genero dari actionem ex testamento, si testator iussit testamento genero dotem dari ab herede. Distinguendum.

V V

Aut

Aut pater legauit dotem, quam iam debuit genero, & tunc gener non habet actionem ex testamento, quia inutile est legatum, cum legatum sit, quod iam debebatur. Verum filia habet actionem ex testamento, quoniam eius interest, gener autem aget ex stipulatu. Sed necesse est, ut inter se conueniant maritus & vxor: ut vna actione sint contenti, ut vel ipse maritus agat ex stipulatu, vel filia ex testamento, nam bis dos non soluitur. *l. huiusmodi 84. §. cum pater. de leg. 1.* Aut pater legauit dotem genero, quam non debuit, & tunc legatum consistit in vtriusque persona mariti & vxoris.

A S S E R T I O L X.

Legatarius qui rem sibi legatam alienari patitur, adhuc potest petere rei sibi legatæ pretium.

QUÆSTIO talis proponitur. Heredes fundum Titio legatum, etis alieni hereditarij exoluendi causa vendiderunt extraneo, vel vni ex heredibus: & quidem ipso Titio presente, & teste venditionis, & instrumentum venditionis sigillo vel annulo suo obsignante. Quæritur an Titius legati persecutionem ideò amiserit, quòd venditioni fundi sibi legati quasi testis adfuit, & quòd eam venditionem signauit. Deciditur, quòd non amiserit petitionem fundi, & quòd quidem non ipsum fundum, sed pretium eius persequi possit. textus est expressus, & valdè notandus in *l. si fundus 92. de leg. 1.* Ex qua *l.* obseruandum, quòd legatarius qui venditioni fundi interfuit, & qui eam signauit, non amittit petitionem legati, nam pretium fundi petere potest.

Opponitur *l. nihil 120. §. 1. de leg. 1.* vbi dicitur, si fideicommissarius venditioni rei sibi per fideicommissum relictæ consensit, quòd nullam habet fideicommissi petitionem. Idem dicitur in *l. Lucius. §. insulam. de leg. 2.* vbi dicitur, quòd fideicommissarius, qui consensit in venditione rei sibi legatæ, nullam neque rei, neque pretij persecutionem habeat. Resp. Illæ leges loquuntur de legatario, qui palàm & disertè consensit venditioni: talis expressus consensus alienationi præstitus, habet vim repudiationis legati. Sed in *l. si fundum*, legatarius tanquam testis vel signator interfuit venditioni, hic palàm non consentit venditioni. Ideoque sola præsentia & signatione non amittit fideicommissum. *l. Gaius 39. ff. de p. g. act. l. Titia 34. §. Lucia. de leg. 2. l. si pater. C. de fideius.* Ex quibus legibus colligitur hæc decisio, quòd qui aliquem actum tanquam testis sub-

signat,

signat, vel subscribit, non præiudicat iuri suo. Notat Bart. in d. l. fundum. & d. §. Lati.

Secundò opponitur l. fideiussor. 26. §. pater. ff. de pigno. vbi filius qui scripsit instrumentum, in quo pater domum filii oppignorauerat, hac scriptura obligationi rei suæ consentire censetur, ideoque testis scriptura vel sub-signatio inducit consensum. Resp. sub distinctione. Aut aliquis scribit principale instrumentum obligationis, in quo res scribentis propria obligatur, & hic censetur obligationi pignoris consentire. Aut tanquam testis subscribit & subsignat actum, & tunc rei propriæ obligationi & alienationi non censetur consentire per subscriptionem. Cotal. ad d. l. Gaius.

ASSERTIO LXI.

Testator si prohibuit in testamento rem alienari extra familiam, non valet alienatio, sed proximi ex familia rem alienatam vendicare possunt.

HANG assertionem euidenter comprobant l. filiusfam. 114. §. Diui. de lega. 1. & l. peto 69. §. fratre. de leg. 2. cum aliis plurimis legibus concordantibus. Quòd si res prohibita alienari sit contra voluntatem testatoris alienata, competit proximiori agnato fideicommissi persecutio. d. l. peto. §. fratre. Porro qui prohibetur alienare, prohibetur vendere, donare, permutare, in extraneum heredem transferre. d. l. peto. §. fratre, nisi quoad viuat, prohibitus sit alienare, eo enim casu poterit in re prohibita alienari extraneum heredem instituere. l. pater 39. §. fundum. de lega. 3.

Sed obstat l. cum pater 77. §. cum inter. de leg. 2. vbi cum legasset testator fundum libertis, & cauisset ne extra familiam libertorum eum alienarent, filius tamen libertæ, qui non est ex familia libertorum, heres institutus ad partem fideicommissi admittitur. Resp. Non potest quis in re prohibita alienari instituere heredem extraneum, sed tamen potest eandem res prohibita alienari peruenire ad heredem extraneum iure successionis ab intestato. Itaque licet in prædicto casu filius libertæ non sit de familia, cum fœminarum liberi non sint in earundum familia. l. familie 106. de V. S. tamen ab intestato fundus ad eum transfertur. Itaque quando quis prohibitus alienari rem extra familiam, decidit, hic si ad eum qui

V V 2

non

non est ex familia, rem ab intestato transferat, non censetur alienare. Ita tradunt *Cassren. Bart. ad d. §. cum inter.* Idem confirmat *Bart. in l. si ita quis 135. §. ea lege. num. 7. de V. O.*

ASSERTIO LXII.

Incertis personis legari non potest.

HÆc assertio proponitur in *§. legari. Inst. de legat.* Ratio est, quia certum debet esse testatoris consilium & iudicium: atqui quod incertis personis relinquitur, non certo iudicio tribuitur, sed temerè & imprudenter effunditur. Incerta autem persona est, de qua rogatus testator nihil certi potest respondere. Vtputa si testator ei legavit, qui prior ascendit Capitolium; inutile est legatum, quia incertæ personæ est relictum. Quod tamen Justinia. aliqua ratione temperavit, primò ut valeat legatum incertæ personæ relictum, quæ ex futuro euentu declarari potest. *d. §. legari. & ibi Sneideri. l. quidam relegatus. ff. de reb. dub.* Secundò legatur incertis personis uti li rer ad pias causas. Legatum enim ecclesiis, pauperibus, item ad captiuorum redemptionem relictum, indistinctè tenet. *l. id quod 24. l. si quis ad declinandam 39. C. de epis. & cler.* Ratio est, quia quando testator indefinitè ecclesiis vel pauperibus legat, non de certis personis cogitat, sed tantum hoc vult, ut pauperibus distribuatur eleëmofynæ, imò ut sint incertæ personæ, certa tamen sunt exercendæ pietatis subiecta. Debet autem hoc legatum in genere relictum piis locis vel pauperibus, solui pauperibus illius loci, in quo testator habet domicilium, valetque hoc relictum fauore piæ causæ, & intuitu religionis. *§. Si quis in nomine magni Dei. No. 23. de eccles. diuer. capit. Cyn. in l. 1. C. de sum. trin. & fid. cath.* Pro qua sententia facit *l. sunt persone 43. ff. de relig. & sumpt. fun.* ubi dicitur, quod summa ratio est, quæ pro religione facit. Extra hos casus legatum incertæ personæ relictum inutile est, utputa si testator Titio legatum reliquerit, & duo sint eiusdem nominis Titii, amici testatoris, nulli debetur legatum. *l. duo sunt. ff. de test. tute. l. 3. §. si duobus. ff. de adi. leg. l. cum ex pluribus 31. ff. de man. testa.*

Obiicitur *l. si quis 9. §. si inter. de leg. 2.* ubi dicitur, quod heres ei debet præstare legatum, quem elegerit, quoties vni ex duobus eiusdem nominis legatum est, & dubitatur, de quo testator senserit. Resp. Illud accipiendum est, ubi heres legatum vtrò & sponte soluere paratus est, hic potest ei dare quem elegit, sed tamen ad id præstandum inuitus compelli non potest. *Fab. ad l. semper in dubiis 56. de R. I.* Proinde *d. Jus. si inter*, ita intelligendus est, quod scilicet legata incertæ personæ relictæ non valeant,

valeant, neque ad ea præstanda heres compelli possit; nisi utrò ad ea se præstanda offerat. *Bart. ad d. §. si inter.*

Secundò obijcitur *l. si fuerit 10. ff. de reb. dub.* ubi dicitur, quòd si legatum sit relictum duobus eiusdem nominis, puta Sempronij, & deinde Sempronio ademptum sit singulari nomine, quòd in utriusque persona ademptio valeat. Hic ademptio valet, cum tamen incertum sit, cui testator ademptum voluit. Resp. Ista lex non pugnat cum assertionem nostram, imò optimè cum ea congruit. Nam sicut legatum incertis personis relictum non valet, idè quia de certa mente & voluntate testatoris non apparet, ita etiam cum incertum sit, cui ex duobus eiusdem nominis legatum adimere voluerit, non valet in vno ademptio, sed in utroque. Contrariorum enim eadem est doctrina. Sicut ergo legatum vni ex duobus Titij relictum non valet, cum incertum sit, de quo testator senserit, ita è contra, cum duobus Titij legatum relictum esset, & postea vni Titio ademptum sit, nec constat, cui testator adimere voluerit, non valet ademptio in persona vnius Titij, de quo fortè non cogitavit testator, sed in utriusque persona ademptio facta censetur.

Porro illud sciendum, quòd quando quis legat vnā rem ex duabus, nec apparet, de qua testator senserit, legatum non euanesceat, sed debet heres eam dare quam elegit. *l. si quis 32. §. 1. l. cum seruis 39. §. scio. de leg. 1.* Vt puta testator legauit fundum Cornelianum, cum duos fundos haberet eiusdem nominis, heres cogitur vnum dare, vtrum elegerit, id est, minorem, seu minoris pretij fundum. *d. §. scio.* Ratio autem diuersitatis cur incerta res legata ex æquitate sustineatur, incertis verò personis legatum relictum eorruat, hæc est, quia cum res incerta est quoad mentem testatoris, ut puta vna re ex pluribus eiusdem nominis legata, tunc quamcunque eligat heres, iam dicitur saltem in genere satisfacisse voluntati testatoris, quia certum est testatorem voluisse commodare legatario, dando vnā ex istis. At in personis legatariorum longè diuersum est, quia si plures sunt Sempronij, voluntas testatoris adèò præcisè dirigitur ad vnum Sempronium, ut alter omninò excludatur.

ASSERTIO LXIII.

*Ad legatum consequendum competunt legatario tres
actiones, actio personalis ex testamento,
rei vindicatio, & hypo-
thecaria.*

EFFECTVS hic est legatorum, vt tres legatario ad persequendum legatum competant actiones; actio scilicet personalis ex testamento, rei vindicatio, & hypothecaria: adhibita tamen hac distinctione, vt si res propria testatoris sint legata, prædictæ actiones locum habeant. Si verò res aliena legata sit, legatario actio personalis ex testamento, & hypothecaria tantum detur, non verò rei vindicatio. rex. est formalis & expressus in l. 1. & ibi Glos. C. Commun. de lega.

Sed obijcitur, quod actio personalis & rei vindicatio simul non possint competere, quia nemo potest simul contrarias actiones in iudicio proponere. l. 1. C. de furt. At vero inter personalem & realem actionem subest quædam repugnantia, cum in personali actione actor petat sibi dari, in reali verò asserat rem suam esse, quæ amplius ei dari nequit, §. sic itaq. Inst. de act. Resp. Non concluditur hoc casu in personali actione ad dandum & ad transferendum dominium, sed tantum ad tradendum, seu ad translationem possessionis, possessio autem personali actione condici potest. l. indebiti 15. §. 1. ff. de cond. inde. Gl. singularis & vnica in §. nostra. Inst. de legat. Concludendum igitur est, quod sit in arbitrio legatarij legati nomine agere actione ex testamento in personam, vel in rem, seu rei vindicatione. At cum alterutrum remedium elegit, ad alterum non habet amplius regressum. l. cum filius 76. §. varijs. de leg. 2.

ASSER-

ASSERTIO LXIV.

*Qui legat certam fructuum quantitatem, si non nascatur
tantum quantum legauit, heres ad præstatio-
nem totius tenetur.*

SI testator legat certam quantitatem fructuum ex fundo, si non nascantur tot fructus, quot legauit, heres nihilominus ad totius quantitatis præstationem tenetur. Ita decisum extat in *l. Lucius 12. ff. de ali. legat. l. Paula 27. §. ult. de leg. 3. l. Firmio 26. ff. Quam. di. leg. ced. l. quidam testamento 96. de leg. 1.*

Sed repugnat *l. si debitori 39. §. 1. ff. de con. emp. & l. cum certus. ff. de trit. vin. ol. leg.* Vbi dicitur, si testator legauit alicui certos frumenti modios, vel certum numerum amphorarum olei vel vini ex certo fundo, & minus natum esset, tantum id deberi, quod legatum est. Hæ leges prima facie pugnantes ita conciliandæ sunt. Aut certi fructus ex fundo simpliciter & sine conditione legantur, ita vt fundus solum ponatur ad designationem seu demonstrationem, hoc modo: *Lego decem modios frumenti ex hoc fundo, & tunc supplebitur aliunde, si tantum non nascatur. d. l. Firmio. d. Lucius.* Aut fructus ex fundo legati sunt sub conditione, ita vt fundus sit adiectus limitationis & taxationis causa, hoc modo: *Lego x. modios frumenti, ex eo quod extali fundo nascetur, aut natum erit: & tunc si vnica præstatio tantum fuit in legato, quasi defecta conditione liberatur heres, nec tenetur aliunde supplere. Vnde si quinque modij frumenti tantum nascantur, hi tantum debebuntur. d. l. cum certus. & d. l. si debitori. §. 1.* Si verò plures præstationes sunt faciendæ, vt si annua vel menstrua vini vasa sunt legata, & tunc siue nihil, siue tantum non nascatur vno anno, quantum relictum est, supplendum est ex aliorum sequentium annorum fructibus. rex. notabilis in *l. legatum 17. §. vini. ff. de an. leg. 1.* Regulariter namque illa verba, quod natum erit, in contractibus & testamentis posita, vicem habent taxationis, & efficiunt, vt minus quàm dictum est, debeatur. *Cuiac. lib. Obs. 2. c. 12. Ferrar. in for. libel. qua agitur ad præstat. ficti.*

ASSER-

ASSERTIO LXV.

*Inter verbis tantum coniunctos locus est iuri accrescendi,
& re tantum coniunctis præferuntur.*

QUOD inter eos, qui verbis tantum coniuncti sunt, locus sit iuri accrescendi, euidenter probatur *ex l. vnica. §. in his itaq.*, C. de cadu. toll. ubi dicitur, si quid pluribus coniunctim legatur, vel plures coniunctim sunt heredes instituti, & vnus ex coniunctis deficiat, quod pars eius coniuncto heredi vel legatario accrescat. Atqui dicuntur coniuncti, non solum qui re & verbis iunguntur, veluti si testator dicat hoc modo, Seio & Titio fundum Tusculanum lego, sed etiam qui verbis tantum coniuncti sunt, quibus scilicet coniuncta oratione eiusdem rei partes legantur, vt quando testator ita dicit, Titio & Mæuio fundum æquis partibus lego. *l. Triplici 142. ff. de V.S.*

Porrò hi qui verbis tantum coniuncti sunt, re tantum coniunctis præferuntur. *l. re coniuncti. §9. in fi. de leg. 3. d. §. in his itaq.*, ubi elegantem rationem subiungit Imp. quòd coniuncti verbis tantum, idèd re coniunctis sunt potiores, quia propter vnitatem sermonis quasi in vnum corpus reducti censentur. Semper itaque hoc verum est, quòd omnes coniuncti siue re & verbis, siue verbis tantum, in permissione præferantur re tantum coniunctis, qui & separati dicuntur. *d. l. re coniuncti. l. heredes sine 63. ff. de hered. inst. Baro ad §. si eadem. Inst. de legat. Cuiat. lib. Obs. 24. c. 34. & 35.*

Huic tamen assertioni quatuor iuris loca grauitè aduersantur. Primò refragatur. *l. si ita quis 66. ff. de here. inst.* ubi testator heredes scripsit hoc modo: Titius heres esto. Caius & Mæuius ex æquis partibus heredes fiant: ibi deciditur si Mæuij portio deficiat, quòd illa pars non soli Caio, qui verbis ei coniunctus erat, sed & Titio, qui re tantum coniunctus erat, accrescat. Resp. Regulariter pars vnus ex verbis coniunctis accrescit verbis coniuncto, excluditurque re coniunctus. *d. l. vnica. §. hæc ita tam variè.* Verum aliquando re coniunctus cum verbis coniuncto æqualiter succedit, vt puta cum apparet re coniunctum ceteris prædilectum esse, vt in prædicto exemplo. Cum enim testator hic primò Titium ex assè instituerit, quàm Caium & Mæuium verbis coniunctos nominauit, censetur singulos voluisse separatim instituere, atque vt celerius scriberet, duos postremos coniunxisse. Vnde deficientis coheredis portio omnibus pro hereditaria parte accrescet. *Alcia. lib. 7. Parer. cap. 9. & ad d. l. Triplici.*

Secundò

Secundò repugnat *l. Mæuio 41. de leg. 2.* vbi testator ita scripsit: Mæuio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego, eundem fundum Titio lego: deciditur ibi, quòd deficiente Seio, qui verbis coniunctus censetur cum Mæuio, portio eius non tantum Mæuio, sed & Titio re coniuncto accrescat. Resp. Hic pars Seij deficientis ideò omnibus accrescit, quòd testator in hac formula legati ambiguum reliquerit, vtrumne eandem dimidiam, an verò aliam legauerit Seio: itaque omnes tres re coniuncti censentur, ac verisimile est duos semisses factos, & Mæuium cum Seio in eundem semissem coactum. *d. l. triplici. in fine. Baro. ad d. §. si eadem. Alciat. d. loco.*

Tertiò obstat *l. pen. ff. de Vsufr. accr.* vbi apertè dicitur, si æquis partibus duobus eiusdem rei vusufructus legatus est, cessare inter eos ius accrescendi. Vnde apparet inter verbis coniunctos cessare ius accrescendi. Resp. Ideò inter eos, licet verbis sunt coniuncti, cessat ius accrescendi, quia à diuersis heredibus percipiunt vsumfructum. Sic enim testator in testamento scriptum reliquit: Lego Titio ab herede Sempronio, & ab herede Cornelio lego Mæuio vsumfructum fundi, æquis portionibus: hoc casu quando à pluribus diuersis heredibus relinquuntur partes vusufructus, cessat ius accrescendi, quia non habentur hi fructuarii pro coniunctis.

Quartò obiicitur *l. 1. §. 1. ff. d. tit.* vbi dicitur, si separatim sit vnicuique partis rei relictus vusufructus, cessare ius accrescendi. Resp. Acc. quòd deò cessat inter eos ius accrescendi, quia ea verba ita sunt accipienda, ac si dictum esset, Huic dimidiam, illi alteram dimidiam vusufructus lego, ita vt diuersæ planè res illis sint relictæ. Atqui inter coniunctos, quibus res planè diuersæ sunt relictæ, cessat ius accrescendi tam in proprietate, quàm in vusufructu: *l. huiusmodi 84. §. quibus. de leg. 1.* vbi dicitur, si testator ita egauit, Titio & Mæuio singulos seruos lego, vel, Titio seruum lego, Mæuio alterum seruum lego; non concuturos eos in eundem seruum. Dissentiunt ab hac opinione *Gouea. lib. sing. de iur. accresc. Cuiat. lib. 15. Obser. c. 4. & ib. 24. c. 34. Anto. Fab. lib. 6. coniect. c. 1.* qui statuunt hanc regulam in iure accrescendi. Quod inter eos qui ab initio partes habent, vel habere intelliguntur, quales sunt verbis tantum coniuncti, non sit locus iuri accrescendi, sed inter eos tantum, locum habere ius accrescendi, qui ab initio solum habent, & partes faciunt concursu. *per l. 3. ff. de Vsufr. accr. Anto. Fab. in erro. pragmat. decade 49. erro. 4. & decade 10. erro. 7.*

ASSERTIO LXVI.

*Impossibilis conditio vitiat contractus: testamentis verò
adiecta pro nulla habetur, salua manente in-
stitutione vel legato.*

RATIO diuersitatis inter contractus & vltimas voluntates est, quòd ideò impossibilis conditio adiecta vitiet contractus, quia imputandum est stipulanti seu contrahenti, qui hoc modo stipulatus est. Præterea cùm contrahentes adiiciunt contractui conditionem, quam vterque scit impossibilem, apertè ludificari, non verò quicquam agere voluisse censentur. *l. non solum. ff. de obl. & act.* In testamentis verò conditio impossibilis adiecta ideò pro nulla habetur, salua manente dispositione, quòd heredi scripto vel legatario id non potest imputari, cùm ii testamētum non faciant, iisque ignorantibus conditiones impossibiles adiiciantur. *§. si impossibilis. Inst. de inut. stip. §. impossibilis. Inst. de hered. inst. l. 1. ff. de cond. inst. l. 3. ff. de cond. & demon.* Accedit & hæc ratio, quod impossibilis conditio ab vno testatore legato vel heredis institutioni adiiciatur, cui præsertim morienti facilè contingere potuit, vt errore quodam seu mendo hæc conditio exciderit. *d. l. 1. ff. de cond. inst.* Nec verisimile est testatorem moribundum ludere, nihilque agere voluisse, cum suprema hæc sit voluntas, & arbitrium testandi non redeat. *l. 1. C. de SS. eccl.* Denique & hæc ratio redditur, quod testamenta sint fauorabilia, & ideò benignior in iis sit interpretatio adhibenda. *l. in testamentis 12. ff. de R. I.* obligationes autem non sint fauorabiles, & ideò interpretatione non sunt adiuuandæ. *l. Arrianus. ff. de obl. & act.*

Aduersatur huic doctrinæ *§. vlt. Inst. de lega.* vbi legatum relictum ab herede, sub ea conditione, nisi turpe aut impossibile factum aliquod admittat, inutile & pro nullo habetur. Resp. Hæc longè inter se differunt. Legatum simpliciter relictum sub conditione impossibili, valet reiecta conditione: sed cùm in pœnam heredis legatur, nisi turpe aut impossibile aliquid præstet, tale legatum heres soluere non tenetur, ne ideò puniatur, quia non fecit quod facere non potuit, vel non debuit. *Vigl. ad d. §. impossibilis.*

Secundò obiicitur *l. si Titius 16 ff. de cond. inst.* vbi conditio perplexa, quæ ita in se reuoluitur, vt exitum non reperiatur, pro impossibili habetur; quæ tamen conditio vitiat institutionem heredis. Resp. Ea impossibilitas quæ

na non est in sola conditione, sed in principali dispositione ad conditionem relata, vitiat quoque testamenta. *Baro. ad §. Si impossibitis. Inst. de ut. stip. Mercer. lib. 1. opin. c. 15.*

Tertiò obstat *l. cum heres 4. §. 1. ff. de statit. lib.* libertas ita relicta est, libero, si millies dederis, id est, millies centena millia nummorum, ut interpretatur *Anton. August. lib. 2. Emenda. c. 6.* Hæc conditio penè impossibilis est, & ideo inutilis est libertatis datio. Resp. Ea conditio propriè non est impossibilis. Impossibilis est, cui rerum natura obstat, ut puta, Si mare ebiberis, si digito cælum tetigeris. Illa conditio propriè dicitur esse in facili, ei rerum natura non obstat, sed habendi difficultas quædam, ideoque ea conditio suspendit libertatem. *arg. l. continuus. 137. §. illud. de V. O.* Conditio impossibilis nihil suspendit, pro non scripta habetur. Aliam solutionem vide apud *Anto. Fabrum lib. 6. coniect. c. 12.*

Quartò obijcitur *l. 6. ff. de cond. inst.* vbi dicitur, si quis institutus sit sub conditione, si intra triduum post mortem testatoris fecerit monumentum, cum impossibile sit intra triduum monumentum perfici, quòd conditio enascatur quasi impossibilis. Resp. locus ille ita intelligendus est, non quòd institutio hoc modo facta sit inutilis, sed quòd tempus in conditione appositum pro nihilo habeatur, tantumque temporis concederetur à iudice, intra quod monumentum perfici poterit. Hoc enim in bonæ fidei contractibus & legatis & heredum institutionibus obtinet, ut ob temporis angustiam non vitientur, sed tantum temporis iudicis arbitrio concedatur, intra quod actus perfici poterit. *l. insulam 58. §. 1. ff. loca.* Quod diversimodè in contractibus stricti iuris obtinet, qui propter angustiam temporis vitiantur. *l. 2. §. qui ita. ff. de eo quod cer. lo. Meno. de arb. iud. lib. 2. cent. 5. c. 80.*

Ultimò opponitur, quòd impossibilis conditio innominatis contractibus adiecta eos non vitiat. Qui enim dat aliquid, ut fiat impossibile, si nondum sciens conditionem impossibilem dat, non habet conditionem: si autem ignorans dat, conceditur repetitio dati. Probat hoc *l. 6. C. de cond. ob. cau. dat.* vbi dicitur, quòd qui ignorans dedit filia libera manumittendæ causa, repetat. Ergo si sciens det, condicere non potest. Idè euincitur ex *l. 8. C. d. tit.* vbi datum ob causam repeti traditur, si causa non sequatur, nisi conditio impossibilis sit adiecta. Sic in *l. 5. C. eod.* statuendum, ut prater aliquid datum militi, ut negotia aliena procuraret, quo casu datur conditio dati, cum miles non possit esse procurator alterius. *l. militi. C. de procur.* Ad hæc respondendum, quòd in hoc proposito accipiamus conditio pro modo. Conditio impossibilis vitiat contractum, velut si cælum ascenderis, si mare ebiberis, quia hæc obligatio nunquam

existere aut incipere potuit. Quod autem sub modo datur, hoc statim effectum habet, etiamsi modus non possit sequi, id est, dominium ex obligatione modali statim transfertur, nec reuocatur propter modum non secutum, nisi ab ignorante datum sit. *l. Mania 44. ff. de manu. testa.* Conditio suspendit obligationem, modus non item. *l. cum ab eo 41. ff. de cont. emp. Addit. ad Gl. in d. l. 8.*

ASSERTIO LXVII.

Ratio 1a

in 2. h. i. legitima

in bel. Trebellianam.

ima fides 7 patet de

em. sis. ex. i. 42

5. ff. R. 1.

2. ff. R. 1.

2. ff. R. 1.

2. ff. R. 1.

2. ff. R. 1.

2. ff. R. 1.

2. ff. R. 1.

2. ff. R. 1.

2. ff. R. 1.

2. ff. R. 1.

2. ff. R. 1.

2. ff. R. 1.

2. ff. R. 1.

2. ff. R. 1.

2. ff. R. 1.

2. ff. R. 1.

2. ff. R. 1.

2. ff. R. 1.

2. ff. R. 1.

2. ff. R. 1.

2. ff. R. 1.

2. ff. R. 1.

2. ff. R. 1.

2. ff. R. 1.

2. ff. R. 1.

2. ff. R. 1.

2. ff. R. 1.

2. ff. R. 1.

2. ff. R. 1.

Filius fideicommisso grauatus, vnum tantum quadrantem detrabere potest iure civili.

CONFIRMATVR hæc sententia per *l. iubemus. C. Ad S. C. Treb.* ubi disertè statuitur, quod filij rogati restituere portionem suam hereditatis, retenta quarta ex *SC^o Trebelliani* dispositione, dodrantem restituant. Verùm cum iure Nouellarum aucta sit legitima liberorum, permissum est filijs de hereditate restituenda grauatis, portionem legitimam, hoc est, trientem vel semissem pro numero liberorum retinere. Ita expressè decidit *Nouella 39. §. hæc merito.*

Secundum argumentum est ab intelligentia humani animi, & communi intellectu depromptum, nimirum, quia quadrantis appellatio, cum sit pars assis, concipi animo & intellectu nequit, nisi super sit & reliquus maneat ex assè dodrans. Cum igitur filius pro legitima vnum quadrantem detraxit, non potest præterea alterum Trebellianicæ nomine detrabere, vt integer maneat dodrans fideicommissario.

Tertium argumentum. Lex Falcidia constituit, vt omninò liberum sit dodrantem bonorum legatis erogare, & de eo disponere pro suo arbitrio. *l. 1. ff. ad l. Falc.* Eodem autem consilio & fine introducta est Trebellianica portio, quo Falcidia: ne libera testandi facultas vltra dodrantem minuatur. *§. sed quia. Inst. de fideic. here.*

Quartum. Vis, natura & proprietas quartarum hæc est, vt vnus deductio & perceptio impediat & excludat aliam, & altera in alterum impetetur. *l. 1. ff. de impub. §. si quis impubes. ff. de inoff. t. est.* vbi hoc tribus quartarum speciebus probatur.

Contra hanc thesin adfertur tale argumentum: quod quarta legitima debetur iure naturæ, vt filio, altera illi debetur vt extraneo, seu vt instituto heredi, ex *SC^o Trebelliano*. Quoties autem duplex auxilium ex diuersis causis alicui defertur, vtrunque locum habet. *arg. l. qui non*

manebat.

nilitabat. 78. §. ult. ff. de here. inst. l. quoties 91. de R. I. l. tutorem. 22. ff. De his quib. *4. nisi dicitur*
 et indig. Resp. In legitimam computantur quæcunque capit filius iure *filii iure*
 hereditario ex bonis defuncti. Ergo & quarta Trebellianica, quæ ca- *omni filii iure*
 nitur jure institutionis, computatur in legitimam portionem filio debi- *ad legem*
 tam. l. ex tribus. l. quoniam Nouella. C. de inoff. testa. Item in quartam Tre- *legem*
 bellianicam computantur omnia, non solum quæ iure institutionis, *non dicitur*
 sed etiam quæ villo modo mortis causa capiuntur. l. in quartam. l. acceptis. ff. *non dicitur*
 ad l. Falc.

Secundò opponitur, quod filius legitimam iure naturæ capiat, ut debi-
 um quoddam. §. principio itaque. §. si quis autem. No. de hered. & Falcid. Vnde vi-
 letur, quod de residuo detrahat adhuc quartam Tribellianicam. arg. l. irri-
 um. 8. C. ad l. Falc. Resp. Legitima non dicitur efficaciter debitum à pa-
 re, quia eo nomine non competit aliqua actio filio contra patrem, sed
 naturale debitum appellatur in l. scimus 36. §. illud. C. de inoff. test. ideò quia
 pater filium ea defraudare non possit, nisi iustam ingratitudinis causam
 committat. Vnde & filius nihilominus in Legitima institui potest, & re-
 tet ea institutio, capitque eam tanquam heres.

Tertiò obijcitur l. quoties 67. ff. ad l. Falc. ubi ex duabus legibus deductio
 conceditur heredi, ex duplici causa deductionis. Cum enim alicui plus
 legatum esset, quam ei capere liceret, detrahitur prius Falcidia, tum
 id quod capere non potest ex l. Iulia. Ergo eodem exemplo in fidei-
 commissaria hereditatis restitutione, deductio fieri poterit tam quar-
 tæ legitimæ ex l. Glicia, quam quadrantis, ex S. C. Trebelliano. Resp.
 hoc dissimilis deductionis causa fieri vetat. Nam in specie d. l. quo-
 ties, partem heres retinet iure suo, partem vero vitio legatarii. In pro-
 posita vero specie utramque partem suo iure habere contendit, ut fi-
 lius, & ut heres scriptus. Quod leges non permittunt. Sic & nepos,
 ab auo adrogatus & exheredatus, non exercet querelam inofficiosi,
 quasi non habeat legitimam, cum habeat quartam debitam adroga-
 tis ex constitutione D. Pii. l. Papinianus. §. si quis impubes. ff. de inoff. test.
 ita eleganter & pulchrè tradit subtilissimus & acutissimus Cuiat. lib. Obs.
 3. c. 3.

Contraria autem sententia, quòd filius rogatus restituere heredita-
 tem, possit detrahere legitimam, simulque quartam Trebellianicam, iure
 Canonico est prodita & expressa: eaque toto terrarum orbe in scholis
 & iudiciis est recepta, teste Guidone Papa quest. 52. Eoque sententia judi-
 cando approbata est in curia Hollandiæ, uti relatum extat in decisioni-
 bus curiæ Hollandiæ. decis. 17. Anno 1583. 9. Ianuarij. Vide Hoto. in ill. quest.
 quest. ult. ubi communem Canonistarum sententiam grauitè & eruditè

X x 3

impugnat.

impugnat. Sic ergo statuendum est, quod iure civili filius rogatus restituere hereditatem, duas quartas non detrahit. *l. quanquam. C. Adl. Falcid. l. coheredi. §. cum filia. ff. de vulg. subst.* sed iuris Canonici auctoritate retinet. *c. Raynucius. ex. de testa.* Itaque huius controuersie hæc decisio communiter à DD. est approbata; quod si filius iussus est restituere hereditatem, ut tunc semis hereditatis illi adiudicetur pro vtraque quarta, detrahendo illi legitimæ nomine trientem, & quadrantem. Trebellianicæ quartæ vice, ex beffe restante. Ita in iudiciis quotidie obseruari, notat *Claudius de Battandier, in tractatu. de legitima. artic. 13. num. 68.*

A S S E R T I O L X V I I I.

*Liberi non tenentur simplicem donationem à parentibus
sibi factam conferre. iuxta communem
D D. opinionem.*

DIFFICILIS est & abstrusa quæstio, an simplex donatio à parentibus liberis facta, post mortem parentum sit conferenda, & æqualiter cum reliquis fratribus diuidenda. Et verior saniorque est sententia, quam etiam vsu fori hodie obtinere notat *Wesem. in parat. ff. de collat.* quod simplex donatio non conferatur: quæ comprobatur hisce firmissimis rationibus.

Primo si fiat hæc liberis suis, & in potestate patris constitutis, ideo non confertur, quia morte patris demum conualescit donatio. *l. 25. C. de dona. int. vi. & vx.* Quæ vero post mortem patris demum acquirunt liberi, ea non coguntur conferre. *l. à patre 10. l. nec emancipati 15. C. de colla.* Secundo quod si emancipato filio fiat donatio, ideo non confertur, quia eo ipso quod donatio valuit, efficaciter res est alienata, atque ita ut extraneus heres institutus non confert, ita nec filius emancipatus.

Sed in hac quæstione difficilis occurrit antinomia inter *l. filia. 18. C. Fam. ercis. & l. si donatione 13. C. de colla.* Nam in *l. filia*, apertè deciditur, quod filia donationem à patre sibi factam, non teneatur fratribus conferre. Contrarium in *l. si donatione*, asseritur, quod filia fundum à patre sibi donatum, cum sororibus cæteris communicare & diuidere teneatur. Verior mihi videtur responsio *Cuiatii lib. Obs. 3. c. 30. & lib. 9. c. 17.* tradita, quod in specie *l. filia*, non fuit locus collationi, quia ex testamento successerunt liberi. Cum enim expressè ibi dicatur, si non contrarium patris iudicium probetur, filiam rem sibi donatam à patre debere præci-

racipiam habere, apparet hoc procedere, quoties liberi ex testamento atri succedunt. *l. 1. C. de collat.* At in specie *d. l. si donatione*, fuit collationi locus, quia ab intestato fuit successio delata. Verum hodie ex *No. 18.* etiam ex testamento inter liberos locum habet collatio.

Secundò vehementer inter se pugnant *l. vt liberis 17. in fi. C. de collat. cum l. penult. C. eo.* nam in *l. 17.* statuitur, ea quæ parentes liberis in ipsa emancipatione donant, conferri. Contra in *l. penult.* statuitur, simplicem donationem factam à patre liberis, non venire in collationem, nisi pater tempore donationis hanc legem suæ liberalitati imposuerit. Hæc antinomia videtur ita concilianda, quod in *d. l. vt liberis*, non agatur de simplici donatione, sed de donatione, quæ fit ob causam, puta quam parentes faciunt liberis tempore emancipationis, vt habeant quo se ipsos, liberos, uxorem, suamque familiam honestè alere & tueri possint. per *l. ult. C. de emanc.* Donationes verò ob causam, quales sunt donatio propter nuptias, & eos, in collationem veniunt. *d. l. vt liberis. & l. filia. 12. C. eo.* Sed *d. l. penult.* agit de simplici pura & propria donatione facta à patre filiis, quæ non conferret. Ita tradit Cynus ad *d. l. vt liberis. C. de collat.* qui notat totam illam *l. vt liberis*, loqui de donatione ob causam, non de donatione simplici. Adde quod in *l. vt liberis, Imp. Leo* tradat ius vetus, cum dicat se hoc pro tenore precedentium legum statuere. Verum in *l. penult.* quæ est Iustiniani statuitur ius nouum, quo derogatur antiquo iuri, ibique expressè statuitur, quod simplex donatio hodie iure novo non conferatur.

Porro hæc decisio, quod simplex donatio non conferatur inter liberos, cessat duobus casibus. Primò si esset inæqualitas, vt puta quia vnus liberorum accepisset dotem aut donationem propter nuptias, quam conferret, alius verò haberet simplicem donationem: tunc enim hinc inde collatio. Secundò si expressè dixit donator, vt fieret collatio. *d. l. penult. quando. §. & generaliter. C. de inoff. testa.* Non obstat *tex. de iure novo, in Auth. ex testamento. C. de collat.* vbi traditur, quod ita demum cessat collatio dotis, & aliorum datorum, si pater hoc expressè dixit. Ergo nihil ostendo nec protestando semper habet locum collatio, quia ille *text.* debet intelligi de donationibus ob causam, similibus doti, quia dictio alius, aliud, posita in *d. Auth. ex testamento* est repetitum similitum. *tex. in l. plurimopochis. 18. C. de fid. instr. tex. iuncta gl. in l. per diversas. C. Mandat.* Itaque cum dicit in *d. Auth. ex testamento*, quod cessat dotis, & aliorum datorum collatio, pater hoc expressè designauit, intellige aliorum datorum ob causam, puta dotis, vel donationis propter nuptias, & causa militiæ. Ita rectè notat Accurs. in *d. Auth. ex testamento.* Approbat & sequitur Gomez. ad *ll. Tauri. 7. nu. 26.*

Dicitur

Dicitur autem donatio simplex, quando pater bona certa donat filiofam. inter viuos, quemadmodum talis donatio fit inter extraneos. Item quando pater emit fundos filij nomine, ei que tradidit, censetur simplex donatio. *l. filia. C. Fam. ercis.* Quando autem pater donat filiofam bona aliqua, ut ea habeat in peculio, ut puta cum dicit: Fili tene, do tibi istas res, & separatim administra à rationibus & bonis meis; tunc filius non habebit ea præcipua, sed venient in collationem. *l. certum. 15. C. Famil. ercis. l. filia licet. 12. C. de collat. Petr. Iaco. in præct. libel. in integ. restit. in act. resciss. personali.* Vide latius de hac quæstione *Fachin. lib. 5. contro. c. 80. & lib. 6. c. 64. & 65.* ubi notat hanc sententiam DD. magis esse communem. quod donatio simplex non conferatur inter liberos. *d. c. 80.* Idem tradit Vitalis in tracta. de coll. quæst. 1. nu. 1. 2. 3. 4. 5. & 6.

ASSERTIO LXIX.

Fratrum filij succedunt patruo in capita, non in stirpes,
contra SONSBECIVM.

GRAVIS est & anceps inter DD. digladiatio, si fratrum filij soli inter se succedant patruo, an tunc hereditatis diuisio fiat in stirpes, an verò in capita. *Gl. Bart. Cyn. & Angel.* tradunt in stirpes eos succedere. Quibus novissimè ad stipulatur *Sonsbecius in comment. feudo. parte 9. nu. 100. & multis seqq.* Verum *Azo & Salyc. in Auth. cessante C. de legit. here.* docent eos in capita succedere, hoc est, hereditatem patruum æqualiter inter se partiri, secundum numerum personarum. *per l. 1. §. interdum. ff. Si pari here. pet. & l. 2. §. hac hereditas. ff. de su. & legit.* ubi expressis verbis iste casus deciditur: quos sequitur *Zazius in singul. intellectu. lib. 1. c. 7. & Hotom. in illust. quæst. quæst. 14.* ubi affirmat, hanc sententiam Gallie parlamenti & in comitijs Germanie esse approbatam. Idem testatur *Guido Papa quæst. 143.* Sequuntur hanc opinionem *Donel. lib. 9. comment. c. 4. Vaudus libr. 1. quæst. iur. c. 24. Harprecht. ad princ. tit. Inst. de hered. ab intest. num. 368. & seqq. Duare. in consuet. feud. cap. 8. nu. 11. & cap. 11. nu. 4. Cuiat. 2. feud. c. 11. Borcholt. c. 7. de feud.* Vide omnino, quæ ad hanc quæstionem eleganter differuit *Anto. Faber in disputatione forensi subiecta tractatui de re nummaria.*

Hæc conclusio probatur hoc inuicto argumento. Hereditas inter eos qui pari gradu distant, pariter æqualiterque diuidenda est. *d. §. hac hereditas.* Cum ergo fratrum filij pari gradu à patruo distent, æqualiter quoque inter se hereditatem distribuent, hoc est, in capita, & secundum numerum personarum.

Verum

Verùm in contrarium adfertur *§ si defunctus*, No. 118. vbi deciditur, quòd fratres & fratrum filij in hereditate patruì succedant in stirpes. Resp. Tunc demum fratrum filij in stirpes succedunt, quando vnà cum suis patruis & auunculis ad hereditatem patruì sui vocantur. Eo nanque casu fratrum filij beneficio repræsentationis succedunt, cuius repræsentationis hic est effectus, vt successio in stirpes diuidatur. *Hotom. d. loco*. Repræsentationis enim iure venire, est in locum ac vicem patris sui intrare, ac eam partem accipere, quam pater, si vixisset, habiturus esset, quod est in stirpes succedere. Quod beneficium repræsentationis competit solis fratrum filiis, quando vnà cum patruis in successione concurrunt, non quando soli inter se succedunt patruo: quia tunc iure proprio, & ex sua persona, non alieno beneficio succedunt. Itaque si soli veniant, in capita diuident hereditatem. Particula enim *T V N C*, qua *Imp. in d. No. 118. vers. sed & ipsis*, vtitur, extremitatem temporis significat. *l. 4. ff. de cond. & dem.* & præcisè restringit successionem in stirpes ad eum casum, quo fratrum filij cum patruis concurrunt, non cùm inter se soli succedunt.

Secundò adfertur hoc argumentum. Fratrum filij excludunt patruum defuncti, qui similiter in tertio gradu est. *d. § si defunctus. vers. illud palam est*. Hoc non fit alia ratione, quàm quia repræsentant patrem suum, qui si vixeret, patruum defuncti excluderet, quia vno gradu ipsum præcedit: ideoque filij fratrum ibi in stirpes necessariò succedunt. Resp. Hoc fit idèò, quia naturaliter successio ab intestatò magis ad descendentes quàm ad ascendentes deuoluitur, cùm votum hominum sit, vt posteris suis seu descendentibus potius, quàm maioribus, vel ijs qui parentum loco sunt, bona sua relinquunt. *l. nam & si 15. ff. de inoff. testa.*

Tertiò *Sonsbechius ex d. §. vnde consequens est*. No. 118. tale argumentum adducit: Ibi statuitur, quòd si defunctus reliquit fratrem ex vno latere iunctum, & fratris ex vtroque latere coniuncti filios, quod hi fratris filij excludant in successione patruum ex vno latere coniunctum. Quod fieri non posset, nisi illi fratrum filij patrem suum repræsentarent: cùm enim frater ex vno latere coniunctus præcedat eos vno gradu, non possunt fratrum filij eum à successione excludere, nisi iure repræsentationis succedant in locum patris. Itaque cùm veniant iure repræsentationis, debent in stirpes, non in capita succedere, alioqui patrem non repræsentarent. Resp. Idèò ibi fratrum filij in stirpes succedunt, quia veniunt ad exclusionem patruì superstitis ex vno latere iuncti, neque inter se soli de successione contendunt. Præterea idcirco ibi fratrum filij iure repræsentationis succedunt in stirpes, quia ex duplici latere seu vinculo cognationis attingunt patruum defunctum, frater verò superstes ex vno tantùm

Y y

latere

latere illi iunctus est cognatione : atqui duo vincula magis ligant quàm vnum.

Quartò opponit *Sonsbechius* §. *caterùm si neque fratres*, d. No. 118. vbi assertitur, quòd post fratres & fratrum filios reliqui cognati vocabuntur ad successionem in capita, & non in stirpes. Ergo si sint fratrum filij, succedent in stirpes, cùm successionem in capita admitrat Imp. solum post fratres & fratrum filios. Resp. *Sonsbechius* non bona fide recitat textum, nam inferitur in d. §. *caterùm*, hæc clausula, Si non extent fratres & fratrum filij, sicut diximus, tunc hereditas diuidetur in capita. At verò Imp. solum antè constituit, quid iuris esset in successione patruelium, quando vocantur cum proprijs patruis vel auunculis ad hereditatem patruum, non vbi inter se soli succedunt. Et hæc sententia, quòd patruales cum inter se soli sunt, succedant patruo in capita, & non in stirpes, post varios conflictus DD. crebrius obtinuit, & in Germania seruatur constitutione Caroli V. Imp. Anno 29. in Comitij Spirensibus approbata, sub tit. *Wie Bruder end Schwester Kindern*. Forster. lib. 8. de succes. ab intest. c. 3. teste Mins. cent. 3. Obs. 94. Vide Fachin. lib. 6. controuer. c. 3. qui planè sententiæ nostræ suffragatur, & argumentis *Sonsbecij* solidè & copiosè respondet. Postremò notandum quod iure statutorio Hollandiæ hæc sententia etiam observatur in successione feudorum, vti attestatur *Celeberrimus* I C. *Cornelius Neostadius* in eleganti tractatu suo de successione feudi iuris scripti Hollandici. c. 6. de succes. feud. pater. nu. 7. vbi ita scriptum reliquit. Soli autem fratrum filij ex *Azonis* sententia. post inextricabilem interpretum conflictum, & non nisi Imperatoria auctoritate decisam, viritim, seu in capita, defuncto patruo succedunt.

A S S E R T I O LXX.

*Donator non tenetur de euietione, nisi ad eam
se nominatim obligauerit.*

GENERALIS & certa iuris regula est, quæ recitatur à *Paulo* libro 5. senten. tit. 11. quòd lucratiuæ rei possessores ab euietionis actione depelluntur: Cùm ergo donatio sit titulus lucratiuus, sequitur, quod donator euietionis nomine non teneatur, sed tradendo liberetur, ne liberalitatis suæ merito in damnum incidat, nisi illius rei periculum nominatim in se receperit. l. *Aristo*. 18. §. *ult. ff. de dona. l. 2. C. de euiet. l. Iulianus* 151. §. *ult. de V. O. Faber ad §. alia. Inst. de dona.* Additur & alia exceptio, nisi

nisi sciens & dolo malo rem alienam donauerit: tunc enim conueniri potest de dolo. *d.l. Aristo. §. ult. l. ad res donatas. ff. de ad. edic.*

DD. communiter ita distinguunt. Aut donatio incipit à promissione, aut à traditione. Si à promissione, tenetur de euictione donator: si à traditione, non tenetur, sed communis illa distinctio non subsistit. Cur enim qui promissit se donaturum, grauius duriusve deuincietur, quàm qui statim rem donauit? *Zoares in addit. ad Gomez. ad tit. de empt. & vend. Refutatur & hæc distinctio solidè per d.l. Iulianus. §. ult. vbi à præcedenti conuentione incepit donatio: & tamen textus decidit, non agi illo casu de euictione, sed traditione protinus reum liberari.*

Obijcitur *l. 1. C. de in. dot.* vbi statuitur, quòd qui rem alienam in dotem dedit, si à traditione incepit, euictionem non præstat: Si autem à pactio- ne & promissione incepit, tunc quia non corpus, sed id quod interest donatarij, spectatur, euictio præstat. Ergo quia donatio hodie nudo pacto & promissione perficitur, *l. si quis argentum 35. §. sed siquidem. C. de donat.* tenetur donator de euictione. Resp. Alia est causa donationis, alia dotis: nam dos non liberalitatis causa datur, sicut donatio, sed propter onera matrimonij. *l. dotem 16. ff. de cast. pecu.* & dos non est causa lucratiua ex parte eius, qui dotem accipit, sed onerosa. *l. ex promissione 19. ff. de obl. & act.* Itaque non est mirum quòd promissor dotis teneatur præstare, vt ea marito frui liceat. At iniquum est donatorem ex sua liberalitate damnum facere. *l. 50. ff. de re iud.*

Secundò obijcitur. Qui ad dandum tenetur, cogitur rem facere accipientis: *l. vbi autem 75. §. ult. de V.O.* Sed donator tenetur ad dandum. Ergo & tenetur transferre dominium: *l. Senatus. 35. §. 1. ff. de mor. cau. dona.* & per consequens de euictione tenetur. Resp. Imp. ait in *l. si quis argentum. §. sed siquidem. C. de dona.* teneri donatorem res donatas tradere, & quod dicitur donatorem ad dandum teneri, hoc de ijs rebus accipiendum est, quas dare, id est, accipientis facere potest, hoc est, de rebus proprijs, non alienis.

ASSERTIO LXXI.

*Donatio omnium bonorum, certæue illorum
partis, valet.*

COMPROBATVR hæc assertio ex *l. omnes. §. 1. ff. Quæ in frau. cred.* vbi donatio omnium bonorum inter viuos valida censetur, nisi in fraudem creditorum facta sit. Secundò hanc decisionem expressa

Y y 2

consti-

constitutio Justiniani comprobatur, in *l. si quis argentum. §. sed etsi. C. de dona.* ubi donatio assis bonorum, vel certæ partis efficax est & valida, ita ut totam substantiam donator tradere teneatur.

Verum obijcitur, quod per hanc donationem aufertur donatori libera testamenti factio, quia qui vniuersa bona sua donat, nihil retinet, de quo testari possit. Deinde per pactum efficit aliquem heredem, hereditas autem pactis non potest deferri. *l. 4. C. de inut. stip. l. cum duobus §. 2. §. idem respondit. ff. Pro soc.* Resp. Donatori semper aliquid relinquitur, unde se tueri & testari possit, quia in generali obligatione & alienatione bonorum ea non continentur, quæ verisimile est specialiter quenkumque alienaturum non fuisse: ut sunt vestes, supellex, iumenta, mancipia & ministeria necessaria: de quibus moribundus donator disponere potest. *l. obligatione. cum ll. seqq. ff. de pigno.* Secundò qui donat omnia sua bona, tantum præsentia, non futura donare intelligitur: quia vocabulum sua vel mea denotat proprietatem, & ad præsens tempus restringitur. *l. si in d. ff. de au. & arg. leg.* Quia verò quilibet homo natura præsumitur industrius ad acquirendum, & bona sua labore & cultura in futurum amplificare velle censetur, qui omnia sua bona donat, cum spem habeat futuræ acquisitionis, adhuc aliquid reseruat, de quo pro libito possit disponere & testari. *l. si creditoris. ff. de separa. l. si defunctus. C. Arbit. tute.* Concluditur itaque, donationem omnium bonorum inter viuos, quoad præsentia valere, quoad futura verò nihil actum censeretur. *Hotom. in tract. de dona. circa. fin. Guid. Pap. cons. 114.* Huic sententiæ subscribit *Ferra. in for. lib. pro dona.* ubi notat vtile consilium esse donatori, ut in vniuersali donatione reseruet sibi aliqua bona, de quibus possit testari. *Præf. Euer. cons. 116. num. 2.* ubi concludit quod donatio omnium bonorum præsentium & futurorum non valeat: quia qui hoc modo donat, aufert sibi liberam testamenti factionem, cum in hereditate eius nihil inueniatur tempore mortis, & sic nullius eius hereditatem vellet adire. *Auth. ingressi C. de SS. eccle. Inst. Ad l. Falcid. in princ.* Approbant hanc sententiam *Fachin. lib. 6. contro. c. 87. Clarus lib. 4. recept. sentent. §. donatio. quest. 19. & 20.* qui notant hanc sententiam frequentissimis DD. suffragijs esse receptam & approbatam. Dissentiant *Anto. Faber in error. pragmat. decade 48. erro. 6. 7. & 8.* qui sustinet etiam donationem omnium bonorum, tam præsentium, quam futurorum valere. Idem adstruunt *Vandus lib. 1. quest. iur. c. 31. Corras. lib. 6. Miscel. c. 16.*

Secundò quod asseritur in hac conclusione, in generali donatione bonorum tantum contineri præsentia, non verò futura; contra id adfertur *l. vlt. C. Qua respig. obl.* ubi statuitur, quod obligatione seu oppignoratione bonorum simpliciter facta, continentur etiam bona futura, licet de ijs nihil expresse

expressè dictum sit. Ergo & in donatione omnium bonorum simpliciter facta, continebuntur quoque bona futura: quia uterque contractus tam pignus, quàm donatio solo consensu perficitur. Resp. Diverfa est ratio inter donationem & oppignorationem bonorum: nam ideò futura bona non continentur in generali donatione bonorum, quia nimis magnum damnum & præiudicium ista interpretatio adferret donatori, quod non est in oppignoratione bonorum, cum per hoc non plus debeat debitor, licet pro securitate debiti bona sua futura pignori obstringantur creditori. Ita tradit *Accur. in d. l. ult.* Præterea non valet argumentum ab eo qui de iure captando certat, uti fit in donatore, ad eum, qui de damno vi-
ando contendit: quod in eo procedit, qui res suas, & bona sua pignori obligat.

ASSERTIO LXXII.

*A reis capitalium criminum donationes factæ non
valent, si condemnatio secuta sit.*

PROBATVR hæc sententia in *l. post contractum 15. ff. de dona.* ubi eui-
denti textu comprobatur, ubi pro iis verbis, nisi condemnatio secu-
ta sit, quæ habentur in Pandect. Florentius, legunt *Haloander & Ho-*
tom. si condemnatio secuta sit.

Obijcitur *l. aufertur 46. §. in reatu ff. de in. fis. & l. Reo 41. ff. de solu.* ubi dicitur, quod ei qui in reatu constitutus est, bonorum suorum administratio non aufertur, ei que rectè soluitur. Resp. Aliud est donare, aliud bona sua administrare. *l. filiusfam. 7. ff. de dona.* Vnde ex eo, quod bona sua admini-
strare potest reus criminis capitalis, non sequitur, quod possit donare. Neque reus criminis liberam & plenam habet bonorum suorum admini-
strationem. Quod inde colligitur, quod in *d. l. Reo, & d. §. aufertur*, tantum dicatur, debitores palam & bona fide ei soluere posse, ut scilicet habeat sumtus necessarios, unde se alar reus, non ut clam, aut in fraudem fisci, seu poenæ futuræ causa bona sua donet vel dissipet.

Secundo obijcitur *l. si aliquis 7. ff. de mor. cau. dona.* ubi dicitur, donationes factas inter viuos à reis capitalium criminum valere, si fiant sine suspicio-
ne poenæ; donationes vero causa mortis, secuto supplicio remoueri ut imperfectas. Resp. Illa differentia inter donationem causa mortis, & donationem inter viuos tantum ibi notatur, quod donationes causa mor-
tis etiam ante crimen capitale factæ reuocantur, exemplo vltimarum

voluntatum, quibus comparantur. Nam & testamentum ante admissum capitale delictum confectum, secuta sententia capitali ad nihilum redigitur. *l. 6. §. irritum. ff. de inius. rup. irr. l. 8. ff. Qui test. fa. pos.* Donationes verò inter viuos, quæ post contractum crimen capitale factæ sunt, non valent, id est, reuocantur condemnatione secuta, ante verò crimen commissum factæ valent. Hodie quia ex constitutione Justiniani bona damnatorum ob delictum non publicantur. sed ascendentibus, & descendantibus; & cognatis ad tertium vsque gradum relinquuntur. *Auth. bona C. de bon. proscript. idèd salua manet iis contrahendi & donandi potestas. Wesem. in paratit. ad tit. de dona. in fi.* Ita pulchrè & eleganter tradunt *Cuiat. lib. Obs. 6. c. 23. Anto. Fab. lib. 6. coniect. iur. c. vlt. Hotom. in tract. de donat.*

A S S E R T I O LXXIII.

Donatio inofficiosa pro modo legitimæ portionis rescinditur: contra ANTONIUM FABRUM.

DONATIO inofficiosa, per quam liberorum legitima læditur, pro modo tantum legitimæ portionis rescinditur à liberis, per querelam inofficiosa donationis. Idque verum est, siue donatio immodica in liberos, siue in extraneos collata sit. *l. 1. & 2. l. si totas 5. C. de inoff. dona. tex. rotundus in l. si liqueat 8. in verb. quod donatum est*, pro ratione quartæ diminuetur. *C. eo. vbi malè hæc verba pro ratione quartæ, expugnenda notat Faber, lib. 3. coniect. c. 17.*

Sed aduersatur vehementer *l. si vnquam. C. de reuo. dona. vbi donatio immodica in extraneum collata, liberis postea susceptis, non ex parte, sed in totum reuocatur.* Hæc antinomia tali distinctione conciliatur. Aut tempore immodicæ donationis pater nullos omninò habuit liberos; & tunc donatio in totum rescinditur. *d. l. si vnquam.* Aut pater habuit liberos; & tunc siue in liberos, siue in extraneos collata fuit donatio, reuocatur tantum pro modo legitimæ. *d. l. si totas.* Ratio diuersitatis est, quia cum pater liberos non habens, extraneis donat, non præsumitur habuisse animum donandi seu alienandi, liberis postea superuenientibus: non enim extraneos propriis liberis præsumitur voluisse præferre. *l. cum auus 102. ff. de cond. & dem. l. generaliter. §. 1. C. de inst. & subst.* Cum verò tempore donationis liberi extant, tunc apertè de animo & voluntate alienandi constat, cessatque in eo donatore coniectura pietatis, quem satis apparet extraneos liberos

beris voluisse anteferre. Itaque cum ista donatio rata sit & valida, eatenus tantum rescinditur, ut liberis legitima salva maneat. Hanc distinctionem tradit Hotomannus in *disputatione de quarta legitima*.

Secundò repugnat *l. Titia Seio 87. §. Imperator. de leg. 2.* Cuius facti species talis est. Auia habebat duos nepotes; vni ex his omnia sua bona donauit: rescribit Imp. nepotem alterum reuocare posse donationem pro dimidia parte. Ibi nepos reuocat semissem totius donationis, ergo non rescinditur donatio inofficiosa pro modo legitimæ liberis debitæ. Resp. Quod ibi dicitur, donationem pro dimidia reuocari, non est intelligendum de dimidia totius donationis, sed de dimidia quartæ portionis, siue fescuncia, quæ iure veteri erat legitima portio liberorum. Hanc interpretationem confirmat disertè *l. si mater. C. de inoff. dona.* Approbant Cuiac. lib. Obs. §. c. 14. & lib. 20. c. 5. vbi tradit hanc sententiam esse verissimam, & legibus maximè consentaneam. Fachin. lib. 6. contro. c. 24. Dissentit Faber loco prædicto, qui donationem inofficiosam per querelam inofficiosa donationis in solidum reuocari contendit.

ASSERTIO LXXIV.

*Donatio omnium bonorum reuocatur, si donator postea suscepit
liberos, siue liberto, siue cuiunque alij donauit. secundum
communem DD. opinionem contra CONNANVM,
CORRASIVM, HOTOMANNVM,
DONELLVM, & ANTONIVM FABRVM.*

CONTROVERTITVR an constitutio *l. si vnquam. C. de reuoc. dona.* locum habeat in omni donatore, hoc est, siue patronus liberto, siue quiuis alius omnia sua bona extraneo donauit, an ea donatio reuocetur propter superuenientes liberos. Er verior est sententia, quòd ad omnes donatores extendatur, siue quis liberto donauerit omnia sua bona, siue extraneo. Idque euidenter suadet ratio legis, quæ nititur hac coniectura voluntatis, quòd verisimile, non sit patrem donaturum fuisse extraneo, si de liberis cogitasset, quòdque semper in successione proprios liberos extraneis præferre voluerit. *l. cum auus. 102. ff. de cond. & dem. l. generaliter. 6. §. cum autem. C. de inst. & substit. l. cum acutissimi. 30. C. de fideico.*

Sed

Sed obicitur, quod verba legis tantum de patrono loquantur qui liberto donat, unde de alijs donatoribus non est lex accipienda. Idque maxime propterea receptum est, quia specialis quædam ratio obtinet in liberto, ut bona donata non retineat, si patrono superueniant liberi, propter summum libertatis beneficium collatum, quo libertus obstrictus est ad antidota erga patronum. Nam etsi nihil in bonis haberet patronus, teneretur tamen libertis eum & eius liberos ex bonis suis alere. *l. si quis a libertis. §. solent. & §. vtrum. ff. de agnos. libe.* Resp. Hæc quidem vera sunt in persona liberti, quod facilius ab eo reuocanda sit donatio, quam ab alio: sed tamen principalis & præcipua ratio, qua nititur decisio *d. l. si vnquam.* consistit in coniectura paternæ pietatis, quod verisimile sit, patrem extraneos noluisse propriæ soboli præferre; neque probabile est, eum si de liberis cogitasset, extraneis donaturum fuisse. Hæc ratio valet in omnibus donatoribus, ergo & idem ius statuendum est. Sic enim & eadem æquitate Papinianus respondit, euanescere substitutionem à patre filio factam in restituendo fideicommisso, si filio nascantur nepotes: quod verisimile non sit, testatorem cogitasse de nepotibus, cum filio extraneos substitueret, & quod alienas successiones propriis non voluisse anteponeere præsumatur, ut dicitur *in d. l. cum acutissimi.* Hæc sententia communi interpretum opinione comprobatur: proinde ab ea in iudicando & consulendo non est recedendum. A qua tamen discesserunt ex veteribus Azo, ex recentioribus Corasius lib. 7. *Misc. c. 30. Comm. lib. 5. Com. c. 10. Donel. & Hotom. ad d. l. si vnquam. Anto. Fab. lib. 7. coniect. c. 14. & 15.* qui volunt hoc singulariter in patrono obtinere, ut si ille donaverit liberto omnia bona sua, vel maiorem partem bonorum, quod ea donatio revocetur, si patrono superueniant liberi. Idque ex ea ratione, quod incivile sit libertum donationis viribus subnixum, summo iure agere cum patrono, cui non solum reverentiam debeat, sed etiam vitam, & quæ dulcior est vita, libertatem. Est enim libertas res inestimabilis, & nullo auro, vel pretio nummario redimenda. *l. libertas 122. ff. de R. I. Terent. in Andr.* Feci è servo ut esses libertus mihi, Summum pretium quod habui, per solvi tibi. Propterea quod serviebas liberaliter. Postremò notandum, quod iure Canonico donatio omnium bonorum propter supervenientes liberos non revocetur. *c. ult. 17. qu. 4.* cuius hæc sunt verba. Quidam cum filios non haberet, nec speraret, res suas omnes retento sibi usufructu donavit ecclesiæ, nati sunt illi filij, reddidit Episcopus, nec etiam opinanti illi, qui donaverat, In potestate habebat Episcopus non reddere, sed iure poli, non iure fori. Pulchrè *Tachin. lib. 3. contro. iur. c. 86.* ubi egregiè demonstrat, quod *l. si vnquam, C. de revo. dona.* non habeat locum in donatione facta Ecclesiæ. Communem

rem opinionem defendunt ex Neotericis *Cuiac. lib. Obs. 20. c. 5. Fachin. ib. 3. contro. iur. c. 85.*

ASSERTIO LXXV.

*Donatio inter coniuges morte donantis confirmatur, etiam-
si stipulatione sit peracta, & res non-
dum tradita.*

DONATIO inter coniuges constante matrimonio non valet; sed tamen morte & silentio donantis confirmatur. Ratio est, quia est species quædam donationis causa mortis, utpote quæ morte confirmatur, & dominium verè post mortem transfert: *l. cum hic status 32. ff. de don. in. vi. & vx.* Probat hanc decisionem apertè *No. 62. in princ.* vbi dicitur, etiamsi traditio non sit secuta, tamen donatio inter coniuges facta morte mariti confirmatur, si modò stipulatio interuenit. Idem confirmat *l. si stipulata 33. in princ. & d. l. cum hic status. §. 1.* vbi dicitur, donationes inter virum & uxorem præmortuo donatore confirmari, ut & ipso iure fiant res eius cui donatæ sunt, & obligatio sit ciuilis. Quod postremum de stipulatione adhibita intelligendum est. Pugnans enim, rem alicuius fieri, & obligationem nasci. *l. 3. ff. de obl. & act.*

Obijcitur *l. Papinianus. ff. de don. int. vi. & vx.* vbi dicitur, donationes rerum tantum inter coniuges morte confirmari, hoc est, eas tantum donationes, in quibus traditio secuta est, morte confirmari, non verò si quid coniunx coniugi stipulanti spondit. Resp. Quod ibi dicitur, donationes rerum inter coniuges morte confirmari, hoc ita accipiendum est, quòd confirmantur donationes quæ fiunt de præsentì, licet non tradatur res donata. Promissiones verò, quibus maritus uxori stipulanti spondit se donaturum, non confirmantur, quia hæ donationes validæ & perfectæ non sunt, sed promissiones de donando in futurum conceptæ. *arg. l. 5. §. stipulatio. ff. de V. O.* Idque ea ratione receptum est, quod facilius obligemur, quàm alicui donemus. *l. 4. in fi. ff. ad S. C. Vell.* Vnde si in promissione vertitur donatio, quia annuum dari promissum est, conualefcit donatio inter coniuges morte donantis. *d. l. si stipulata. Coras. lib. 5. Miscel. c. 1.* Si verò quis promittat alicui donaturum per verba de futuro, non censetur valida donatio, quia promittens hoc modo non donat in præsentì, sed paciscitur se daturum in futurum, eaque conuentio non est donatio, sed potius pactum de donando: quemadmodum qui promittit se venditurum, non vendit,

Z z

& qui

& qui promittit se mutuaturum, non mutuat. *l. qui pecuniam* 30. ff. *Si cer. per. l. si sterilis* 21. §. vlt. ff. *de act. emp. Fab. ad §. alia*, num. 1. & 2. *Inst. de donat. Alcia. in l. si pacto quo pœnam*, num. 2. & 3. *C. de pact. Aliam solutionem vide apud Ant. Fabr. in erro. pragm. decad. 42. erro. 6.*

ASSERTIO LXXVI.

Ius venandi feras cuique iure gentium permittitur.

VENARI & aucupari tam in solo publico quàm priuato, tam in proprio quàm alieno fundo, item piscari in flumine publico cuiuslibet est permittum. Hic enim modus acquirendi dominiij omnium vetustissimus, scilicet occupatio ferarum, iure naturali est introductus, in quo hæc regula valet; Quòd omnia animalia, quæ cœlo, terra, marique capiuntur, id est, feræ bestię, volucres & pisces, capientium fiunt. *l. 1. ff. de acqu. rer. dom. §. fera. Inst. de rer. diui.* Quæ assertio etiam iure divino comprobatur. Sic enim Deus Opt. Max. Adamum & Evam, & in persona eorum omnes Adami posteros alloquitur. Subijcite vobis terram, & dominamini piscibus maris, volatilibus cœli, & animantibus vniversis, quæ moventur super terram. *Genes. 1. vers. 26. 27. & 28.* Cui consonat testimonium *Davidis, Psal. 8.* Constituisti hominem dominatorem super omnia manuum tuarum, omnia subiecasti sub pedibus eius. Oves & boves omnes & pecora campi, volucres cœli, & pisces maris, qui perambulant semitas maris. Nec interest, siue in suo fundo, siue in alieno quis venetur feras vel aucupetur aves, nam vtroque casu, quod quisque venando vel aucupando capit, id ipsius proprium efficitur. *d. §. fera. l. 3. ff. de acq. re. do.* Hanc sententiam probant *Wesem. in d. §. fera. & in parat. de acq. re. do. num. 7. Covarr. in c. peccatum. par. 2. §. 8. num. 5. Costal. ad l. Divus 16. ff. de seru. rust. præd.* A quibus dissentit *Cuiac. lib. 4. Obsc. 2.* vbi decidit, feras, postquam dominus alium prohibuit fundum suum ingredi venandi gratia, non fieri capientis, per *l. in laqueum 55. de acq. rer. do.*

Obijcitur, quòd qui alienum agrum ingreditur, venandi gratia, potest à domino, si is præuiderit, prohiberi. *l. Divus. ff. de seru. rust. præd. d. §. fera.* additurque, non licere inuitis dominis in alienis prædijs venari. Ergo non videtur, quòd qui cœpit feram in alieno agro, eam suam faciat. Resp. Potest quidem ingrediens venandi gratia alienum fundum, à domino prohiberi, teneturque ingrediens contra voluntatem domini actione in factum, vel iniuriarum, arg. *l. qui pendentem 25. ff. de act. emp. l. item apud 15. ff. de iniur.* sed nihilominus captam auem vel bestiam suam facit, quia non
captura

captura ferarum, sed ingressus fundi prohibetur. Iniuriam enim facit, qui invito domino alienum fundum ingreditur, sed non committit iniuriam, qui capit id, quod necceius domini est, nec cuiusquam alterius. *d. l. in laqueum. l. iniuriarum 13. §. ult. ff. de iniur. Doncl. lib. 4. com. c. 8.* Dissentit Cuiat. *lib. 4. Obser. c. 3.* qui tradit captam feram in alieno fundo invito vel prohibente domino non fieri capientis, *per l. in laqueum ff. de acqu. rer. dom.* Si tamen fructus fundi in venatione consistat, tunc capta fera in alieno fundo non fit capientis. *l. venationem 26. ff. de usur.* Ita notant DD. *in d. §. fera. Inst. de rer. div.*

Secundò obijcitur, quòd nouissimo iure Feudorum *Imp. Fredericus prohibuit in §. si quis rusticus. vers. nemo retia. de pace tenen. in vsib. feud.* ne quis rusticus vel agricola possit venari cum armis, nisi solos apros, lupos, vrsos, leones, & huiusmodi feras nocentes. Resp. Hæc venandi facultas, quæ olim omnibus ex æquo fuit communis, iure nouissimo non nihil restricta est, & rusticis venatio interdicta, ne ab agricultura vitæ humanæ maximè necessaria nimio venandi studio auocarentur. Dissentit ab hac sententia *Wesemb. in paratit. ff. de acq. re. dom.* ubi defendit, quod solis Principibus in locis publicis ius & facultas venandi competat. In privatorum prædijs ita demum solis Principibus venandi ius tribuitur, si privatos prohibuerint à venatione, atque illi huic provisioni acquieverint. *c. vnic. in verb. reditus piscationum. Quæ sunt regal. in vsib. feud.* Dissentit etiam post alios *Fachin. lib. 1. contro. c. 1.* ubi defendit Principes iusta causa subsistente, venationes subditis prohibere posse, ubi etiam addit, venantes contra Principis edictum, pœna pecuniaria, item carceris, relegationis, imò etiam corporali, nec non capitali pœna afficiendos, si modò sæpius, quam semel aut bis contra Principis edictum feras sint venati, iuxta illud sacrae scripturae axioma. Qui Principi non obedierit, morte moriatur.

ASSERTIO LXXVII.

Præda ab hostibus capta fit capientis.

PRÆDÆ loco militibus victoribus ea cedunt iure gentium, quæ in iusto & legitimo bello capiuntur ab hostibus. *§. item ea quæ. Inst. de rer. diui. l. 5. §. ult. cum ll. seqq. ff. de acqu. rer. dom.* In quo tamen acquirendi modo hæc obseruatur distinctio, vt mobilia capta ab hostibus fiant capientium: immobilia autem, vt agri ex hostibus capti, publicentur, & hisco seu Principi, qui bellum indixit, applicentur. *l. si captiuus 20. §. 1. ff. de capt. & postl. reuer.*

Zz 2

Sed

Sed obijcitur *l. pen. ff. Ad l. Jul. pecu. & l. pen. §. fin. li. C. de dona.* vbi deciditur, etiam res mobiles ex prædatione hostium ablatas publicari, & in fiscum redigi, neque cedere prædæ militum. Idem traditur in *l. Divus 31. ff. de Iur. fis.* vbi dicitur, captivorum bona in fiscum omnino esse redigenda. Resp. Quod dicitur, spolia ab hostibus capta effici capientium, hoc intelligendum est de rebus, quas per excursiones milites ab hostibus diripiunt hæ enim quibuscunque occupantibus militibus relinquuntur. Aliud dicendum est de præda, quæ in aperto conflictu seu exitu belli occupatur post victoriam: hæc enim solet à ducibus belli pro merito cuiusque inter milites distribui: quemadmodum & prædia ab hostibus capta, & in publicum redacta, militibus sæpè pro emerito militiæ labore adsignantur. *l. in agris 16. ff. de acq. re. do. l. Lucius 11. ff. de emet. litem si verberati 15. §. 1. ff. de rei vend. Cuiac. lib. Obs. 19. c. 8. VVesem. ad d. §. item ea que.* Ita tradit quoque Bart. iuris lucerna in *l. naturaliter §. vlt. ff. de acqu. poss.* Quem sequuntur Salicet. in *l. ab hostibus. C. de capt. & pestil. rev. & Gran. n. et. dec. Neap. 71.* vbi refert hanc distinctionem iudicando in regio concilio Neapolitano esse approbatam. Et hæc sententia comprobatur quoque iure divino Sic de dividenda præda ab hostibus capta extat præceptum Dei. *Deuter. 10. vers. 14. hisce verbis.* Omnem prædam exercitui divides, & comes de spolijs hostium tuorum, quæ Dominus Deus dederit tibi. Item *Iosue 22. vers. 8.* Dividite prædam hostium cum fratribus vestris: Quæ lex etiam repetitur à Moyse, *Numer. 31. vers. 26. hisce verbis.* Dixitque Dominus ad Moysen Tollite summam eorum quæ capta sunt ab homine usque ad pecus, divideque ex æquo prædam inter eos qui pugnaverunt, & egressi sunt ad bellum, & omnem reliquam multitudinem, itaque Moses de victis Madianitis, prædam omnem in cumulum referri iussit, & eam divisit pugnantibus, & reliquæ multitudini. Quāquam dicatur *vers. 53.* Vnusquisque quod in præda rapuerat, quod suumerat, hoc intelligi potest, quod sit quidem capientis, sed postea debeat tradi Duci exercitus pro divisione facienda, & sic etiam docet *Panorm. observari ad c. sent. 29. ex de iur. in p. r. c. dicat. 23. q. 4.* Quæ lex etiam facta Davidis Regis in Israël est comprobata, ut æqua pars sit prædæ post victoriam, pugnantium, & eorum qui remanserunt ad sarcinas. *1. Reg. 30. vers. 24. & sequ.* Sic & lex fuit antiqua Francorum, ut præda à militibus in unum locum deferretur, & postea inter ducem seu Regem, & milites sorte divideretur. Quod tradit *Aymonius lib. de gestis Francorum. c. 12.* Vide latius de hac quæstione *P. Gregorium lib. XI. de Repub. c. 10. in c. de legibus quibusdam erga hostes.*

ASSER-

ASSERTIO LXXVIII.

*Bonæ fidei possessor naturales & industriales
fructus consumptos suos facit.*

ANCERS & in vtranque partem agitata est quæstio, quos fructus bonæ fidei possessor suos faciat. In quo articulo illud indubitatum est, quod industriales fructus bonæ fidei possessor lucretur, propter sturam & operam suam quam impendit, postquam scilicet eos percipit & consumsit. §. *si quis à non domino. Inst. de rer. diui. §. et si hereditas. Inst. off. iud. l. bonæ fidei 48. ff. de acq. rer. do.* Naturales fructus nullus possessor suos facit, vel lucretur sola perceptione quoque, sed bonæ fidei possessor lucretur fructus naturales per consumptionem.

Probatur hoc primò *per d. l. bonæ fidei. & l. 4. §. 2. ff. Fin. reg.* vbi dicitur, quod bonæ fidei possessor non tantum eos fructus suos facit, qui opera & diligentia sua prouenerunt, sed omnes. Quod *d. l. 4.* ita declarat & stringit, ut non perceptione sola fructus suos faciat, sed ita demum, ut consumpti non condicantur. Secundò probatur hoc euidenter *per l. 4. §. 2. ff. de usufructu.* vbi dicitur, quod lana ouium, quæ refertur inter fructus naturales, item agni sint bonæ fidei possessoris, postquam consumpti sunt. Quamdiu verò extant, non acquiruntur bonæ fidei possessori, & possunt domino vendicari: sed postquam ab eo consumpti sunt, conciliatur & confirmatur dominium fructuum per consumptionem. *l. quasitum 40. in fi. de acq. re. dom. Accurate Goueanus libro 2. Variarum lectio. c. 15. Anton. Fab. lib. 4. in lect. iur. c. 17. Vultius libro unico Scholast. disceptat. c. 17.*

Obstat grauitè huic sententiæ *l. fructus 45. ff. de usufructu.* vbi deciditur, quod maritus fructus naturales perceptos ex re sibi donata ab vxore non luatur. Resp. Ibi maritus non habuit iustum & validum titulum, cum translatio inter virum & vxorem iure non valeat. At verò ut bonæ fidei possessor lucretur fructus, oportet eum iusto titulo possidere. *Wejm. ad d. §. si quis à non domino.* Nec obstant illa verba subiecta *in d. l. fructus.* non fit eius, fructus scilicet naturalis, sicut nec cuiuslibet bonæ fidei possessoris: quia verba illa, nec cuiuslibet, non vniuersaliter, sed partitivè & distinctivè sunt accipienda; quasi dicat IC. non cuiuslibet bonæ fidei possessoris sunt fructus naturales, sed alicuius, qui scilicet iustum titulum habet: remadmodum à simili dicitur, Non cuius homini contingit adire Corinthum, id est, alicui tantum homini, contingit adire Corinthum.

Z z 3

Sed

Sed tamen iterum d.l. *fructus*, aduersatur l. *pro oneribus*. C. de iur. dot. & l. *si fructus*. C. de dona. inter vi. & vx. vbi indistinctè traditur, quòd omnes fructus tam industriales, quàm naturales etiam consumptos à marito sibi donatos vxor reddere teneatur, in quantum facta est locupletior. Resp. Quando prædium donatum est à viro vxori, vel è conuerso, tunc vxor lucratur fructus industriales. l. *de fructibus* 17. ff. de don. int. vi. & vx. d.l. *fructus*. Sed si ipsi fructus sunt donati, non valet donatio, & repetuntur, quantum scilicet ipsa est facta locupletior. Ita notat Accur. ad d.l. *de fructibus*.

Secundò obijcitur, quòd possessor hereditatis, licet sit bonæ fidei, tenetur etiam fructus consumptos restituere, quatenus ex ijs factus est locupletior. l. 20. §. *fructus*. l. *sed etsi* 25. §. *consultuit*, cum §. *seq.* l. *cum hereditas* 56. ff. de pet. hered. Resp. Hoc ius singulariter introductum est in petitione hereditatis, ex duplici ratione: prima, quia possessor hereditatis caret titulo: Titulus enim pro herede non est iustus, sed putativus. l. *pro herede* 11. ff. de pet. hered. altera, quia fructus augent hereditatem, tanquam ius vniuersale, & petuntur iure actionis, perinde atque ipsa corpora hereditaria, non iudicis officio, sicut in rei vendicatione fructus restitui petuntur. l. 1. & 2. C. de pet. here. litem veniunt 20. cum ll. *seqq.* ff. de pet. here. Wesem. d. loco.

ASSERTIO LXXIX.

*Si quis ex aliena materia bona fide nouam speciem fecit,
quæ ad præstinam materiam reuerti ne-
quit, fit facientis.*

SPECIFICATIO est modus acquirendi dominium iure gentium, in quo hæc regula observatur. Quod qui ex aliena materia bona fide nouam speciem effecit, quæ ad priorem materiam reuerti non potest, hanc sibi acquirit. Veluti si quis ex alieno hordeo coquat cereuiciam, vel ex alienis tabulis faciat nauem vel ædificium. l. 7. §. *cum quis ex aliena*. l. *in omnibus* 24. l. *sed si ex meis* 26. ff. de acq. re. do. §. *cum ex aliena*. Inst. de rer. diui. Ratio est, quia forma dat esse rei, sed is qui facit nouam speciem, addidit formam. Ergo cum primus produxit rem in rerum naturam, meritò facienti debetur dominium. l. *Iulianus*. 9. §. *si quis, ad exhiben.*

Obijcitur huic decisioni hæc regula ICtorum. Quod ex re mea superest, id meum est, eiusque vendicandi ius habeo. l. *solum* 49. §. 1. ff. de rei vend. d. l. *Iulianus*. §. *si quis* ff. ad exhib. Resp. Vera est ista regula, eo casu, quo quis sciens ex aliena materia fecit nouam speciem, hic non est nouæ speciei dominus,

dominus, sed contra cum superest materia domino ad exhibendum actio. De eo enim aperte loquitur *Paulus in d. §. si quis*. Vnde apparet eum, qui bona fide nouam speciem fecit, eum speciei dominum futurum. Ita notat *Donel. lib. 4. com. iur. ciu. c. 12*. Vel dicendum, quod ex re mea non mutatum superest, hoc meum est, & id vindicare possum, quia ad pristinam causam reuerti potest. Cum verò nova species efficitur, quæ non potest reduci ad pristinam materiam, tunc prior res extincta censetur, ideoque à quo est species noua effecta, eius est meritò ipsa res nouiter facta, *l. mulieris 13. de V. S. l. quid tamen 10. §. 3. ff. Quib. mo. vsufr. amit.*

Secundò aduersatur regula iuris, quæ dicat: Neminem locupletari debere cum alterius iactura. *l. nam hoc natura. ff. de cond. inde*. Quod videtur hoc casu fieri: nam is qui fecit nouam speciem, locupletior fit ex re aliena, cum iactura domini materiae. Resp. Hoc casu domino materiae consultum est actione in factum, contra eum, qui nouam speciem fecit, qua materiae suæ amissæ æstimationem consequitur. *l. in rem 23. §. item quacunque. vers. id. oq. in omnibus. ff. de rei vend.*

Postremò opponitur *l. Minicius 61. ff. de rei vend.* vbi traditur, quòd nauis eius sit, ex cuius materia facta est, non autem eius, qui nauem ex alienis tabulis extruxit. Resp. In ea *l.* refertur sententia Sabinianorum, qui indistinctè dominium nouæ speciei addicebant domino materiae, quæ tamen sententia non obtinuit. Nam cum Sabiniani dominium nouæ speciei tribuerent domino materiae, eò quòd sine materia nulla species effici posset, Proculiani verò addicebant ei, qui nouam speciem fecit; media sententia aliorum *I C^{torum}* extitit, qui hoc dissidium ita composuerunt, vt si species resolui possit in pristinam materiam, eius sit, cuius fuit materia, vt si ex alieno ære facta sit statua, quæ facile resolui potest in æs. Contrà nouæ speciei dominus fit qui fecit, si non possit species resolui in pristinam materiam. Itaque si quis ex alienis tabulis nauem fecit, nauis eius erit, qui fecit, quia nauis in tabulas resolui non potest. *d. l. sed si ex meis*. Eaque sententia probata est à *Iustiniano in d. §. cum ex aliena*. Aliter & novè statuit *Anto. Fab. lib. 6. c. ult.* vbi vult speciale ius obtinere in eo, qui ex alienis tabulis navem extruxit, quod scilicet pertineat navis ad dominum materiae, seu tabularum. Idque specialiter receptum est in navi ædificata, propter eam rationem, quam *I C. in d. l. Minicius* subiungit, quia proprietates navis carinae causam sequitur, hoc est, quoniam carina veluti solum navis est, cui superficies cedit, sicuti ædificium solo cedit, quia neque ædificium sine area, neque navis sine carina subsistere potest.

ASSER-

ASSERTIO LXXX.

Theſaurus in loco publico vel religioſo inuentus, pro dimidia inuentori, pro dimidia fiſco cedit.

GRAVIS hîc occurrit antinomia. Nam in §. theſauros. *Inſt. de rer. diui.* ſcribit Juſtinianus, eius eſſe theſaurum, qui cum in ſacro aut religioſo loco inuenit. Contrarium in l. 3. §. ult. ff. de iur. fiſ. Diui fratres conſtituunt, videlicet ſi in locis publicis, religioſiſve theſauri reperiuntur, quòd media pars fiſco vindicetur. Variæ ſunt ad hanc obiectionem reſponſiones: ſed mihi maximè placet conciliatio Hotomanni in d. §. Theſauros, & Charondæ lib. 1. τῶν θηſαυρῶν, quam & probant Alciatus lib. 7. Parergôn. c. 1. in fi. & Franc. Conna. lib. 3. comment. iur. cap. 1. qui ſtatuunt diſtinguendum eſſe inter locum ſacrum ſeu religioſum, quòd alius locus ſit ſacer quodammo- dò priuatus, veluti quem quiſque ſibi conſtituit illatione mortui in proprium & familiare ſepulchrum, in cuius fundo maiores ſui ſunt ſepultura conditi; habebant enim veteres ſua familiaria & hereditaria ſepulchra. l. 5. & 6. ff. de relig. Quem theſaurum ibi quis inuenit, ſibi vindicare poteſt, tanquam in ſuo loco fundove repertum. Ita accipiendus eſt d. §. theſauros. Diuorum verò fratrum reſcriptum de ijs locis ſacris accipiendum eſt, in quibus eſt aliquod ius fiſci, & quæ publica authoritate ſunt conſtituta, vt ſunt templa & cœmeteria moribus noſtris. In his theſaurus pro dimidia fiſco cedit, pro altera parte inuentori: eò quòd ſacrorum ſeu religioſorum locorum cura ad Principem ſpectat, l. 1. & ult. ff. Ne qu. in lo ſacr. Et hæc diſtinctio comprobatur nouiſſimo iure Feudorum c. vnic. quæ ſint regal. lib. 2. feudo. tit. 46. vbi dicitur, quæ in locis ſacris vel religioſis reperta ſunt, quòd horum dimidia pars Cæſari cedat. Aliter diſſoluit hanc antinomiam Forner. lib. 2. ſelection. c. 26. Aliter Continus ad §. Theſauros. *Inſt. de rer. diui.* Aliter Ioannes Robertus lib. 1. recept. iur. ciuilis Lectionum. c. 5. Denique Anto. Auguſt. in. lib. 1. emendat. iur. c. 3. tradit hæc duo loca, ſcilicet §. religioſum *Inſt. de rer. diuiſ.* & l. 3. §. ſi in locis. ff. de iur. fiſ. adeò contrariâ & pugnantia eſſe, vt nulla ratione poſſint conciliari. Quem ſequitur Nicolaus Genoa in tractatu de conciliationibus legum contrariarum, in conciliatione diſſidij inter d. l. 3. §. ſi in locis. ff. de i. fiſ. & d. §. theſauros.

ASSE-

ASSERTIO LXXXI.

Dominum sine possessione acquiri non potest.

PROBATVR hæc thesis in *l. cum res. C. de proba. l. qui pradium. C. de dist. pig.* Ratio propositionis est, quia causa efficiens dominij est voluntas transferentis & accipientis; materia, res de qua fit conuentio; forma, traditio & apprehensio vacuæ possessionis. *l. i. ff. de acq. pos.* vbi dicitur quod dominium rerum cœpit ex naturali possessione.

Obiicitur *l. quisquis. C. de dona.* vbi rei donatæ dominium transfertur sine traditione, per solam retentionem vsusfructus. Resp. Qui retinet rei donatæ vsusfructum, vi ipsa possessionem, & per consequens proprietatem tradidisse videtur. Eo ipso enim quod vsusfructuarius esse voluit, videtur ad alium transulisse possessionem, eumque suo ministerio fecisse possessorem. *l. quod meo 18. ff. de acq. poss.* & per consequens dominum: quia qui dominus est, vsusfructuarius esse non potest: cum res sua nemini seruiat. *Gl. elegans in d. l. quisquis.*

Secundò obiicitur, quod rei hereditariæ & legatæ dominium ipso jure transfertur in heredem & legatarium, quamuis eius possessionem nondum sint nacti. *l. à Titio 64. ff. de furt. l. legatum 80. de leg. 2.* Resp. Hoc ideo fit, quia iure ciuili & legibus x i. tab. illud introductum est, vt dominia rei legatæ, & rerum hereditariarum directò à testatore in heredem & legatarium transcant, vt extrema defunctorum iudicia citius ad exitum perducantur: quamuis possessio defuncti non transeat ad heredem sine corporali apprehensione possessionis. *l. cum heredes 23. ff. de acq. pos.*

Tertiò obiicitur *l. si fundum. ff. de fun. dot.* vbi mulier fundum quem alter bona fide possidebat, & propè iam vsuceperat, marito in dotem dedit, quem fundum maritus dicitur posse vindicare. Vnde apparet fundi dotalis dominium ad maritum translatum esse, licet vacua possessio non sit ei tradita, vtpote cum ab alio possessio eius detineretur. Resp. Ibi dominium fundi dotalis non est per traditionem translatum in maritum, sed mulier actionem sibi pro fundo dotali competentem transulisse censetur in maritum: quo facto fundum dotalem tradidisse intelligitur, quia dotis datio habet vim cessionis actionum. Ordinariū nanque & vulgare est, vt mulier nomen vel actionem in dotem det: quod tunc facere intelligitur, cum rem dotalem dare aut tradere non potest. Præterea dicitur etiam mulier rem doti dare, quando promittit vel destinat se doti daturū, licet traditio nondum sit secuta. *l. si rem estimatam 14. cum l. seq. ff. de iu. dot. Contr. lib. i. disp. c. 8.*

A a a

Quartò

Quartò obijcitur *l. commissoria C. de pact. int. emp. & l. 1. C. de dona. sub mo.* vbi dominium sine traditione, vel vacuæ possessionis apprehensione acquiritur. Resp. Non nouum dominium ibi acquiritur, sed vetus, quod ante habuerat dominus, retineri fingitur: quia ea lege & conditione res erat tradita ab initio, vt statim rediret ad dominum conditione commissâ. Vide plenius & vberius de hac quæstione differentem *Franc. Hotom. in illustr. quæst. quæst. xi.* vbi septem obiectionibus contra hanc assertionem allatis eruditè & solidè respondet. Amplectuntur & probant hanc sententiam. *Conna. lib. 1. comment. iur. cap. 8. Mins. cent. 1. Obs. 53. Godæus ad l. 188. ff. de V. S.* Contrariam sententiam, quod etiam sine possessionis traditione dominia transferuntur, tenent & sequuntur, *Donel. lib. 4. comment. iur. c. 19. Philip. Matthæus ad l. xi. ff. de R. I. Petrus Gilken. ad l. 12. C. de probat.* vbi idem tradunt *Cynus. Bartolus, Baldus, Salycetus, Angelus & Fulgosius.*

ASSERTIO LXXXII.

*Unum tantùm est genus possessionis, & duo in solidum
eiusdem rei possessores esse non possunt.*

PRIMA conclusionis pars confirmatur hisce rationibus. Primò ad possessionem requiritur rei corporalis apprehensio, & tunc dicimur possidere, cum rei corporaliter & naturaliter insistimus. *l. 1. ff. de adq. poss. l. nemo. C. eo.* Sed hæc corporalis rei detentio penes plures esse nequit: Ergo nec plures eandem rem possidere possunt, hic ciuilitè, ille naturaliter. Secundò id probat *l. 3. §. pen. ff. de acq. pos.* vbi dicitur, vnum esse genus possidendi, causas verò seu modos acquirendæ possessionis esse plures. Tertiò conuincitur hoc manifestè ex definitione possessionis, quòd possessio sit detentio rei corporalis, cum animo & opinione domini. *Theop. ad tit. Per qu. pers. cuiq. acqu. l. 1. §. Scauola ff. Si quis test. lib. l. si seruus 22. §. 1. de nox. act. l. pen. C. de furt. in verb. cogitatione domini.* At dominium penes duos simul esse non potest, & per consequens non sunt duæ possessionis species, vna ciuilis, altera naturalis. *l. duo. ff. de precat.* Concludendum igitur, quòd ciuilis possessio differat à naturali, non substantia, sed qualitate. Propriè est vnum possessionis genus, in quo duo concurrunt, animus & factum, puta vt quis rem corporaliter teneat, & animo seu opinione domini possideat. Hæc ciuilis possessio est, quæ ex iusta causa acquirendi dominij possidetur & apprehenditur ab eo, qui se dominum

dominum credit. Ideò ciuili dicitur, quia iure ciuili maximè defenditur & approbatur. *d. l. nemo*. Naturalis possessio, quæ & corporalis dicitur, est, quando quis corporaliter rem tantum detinet, non animo & affectione domini, sed tamen iure aliquo & affectione sibi habendi. *l. stipulatio. § hæc quoque. ff. de ver. obl. l. si eum qui 26. ff. de dona. int. vi. & vx. Cuiac. in parat. C. de acqu. poss. & lib. Obs. 9. c. 33.* Sic fructuarius & creditor, cui pignus à debitore traditum est, possident naturaliter, quia non possident animo domini, sed alio quodam animo & iure. Sic creditor iure pignoris possidet, non animo & cogitatione domini. *l. cum & sortis 35. § vlt. ff. de pig. act. l. per seruum 37. in princ. ff. de acqu. poss.* Hæc naturalis possessio, non propriè & absolute, sed abusiue possessio dicitur. *l. naturaliter. ff. de acqu. pos. l. 2. §. 1. ff. Pro here. Contius lib. 1. disp. c. 9.* Pulchrè Hotom. c. 20. *Obseruat. in Pandect.*

Quod attinet ad alteram thesis partem, fuit hic articulus diu multumque agitatus inter Proculianos, & Sabinianos: sed si verum pressius intrucamur (Proculianorum sententia, tanquam iuri & rationi magis consentanea, probata) duo eandem rem in solidum possidere non possunt. Sabiniani tamen existimarunt duos in solidum vnus rei possessores existere posse, vt vnus iustè, alter iniustè possideat. *l. 3. §. ex contrario ff. de acqu. poss.* Vt in precario accidit, is qui precario rogauit, & qui precario accepit, vterque possidet. *l. & habet. §. eum qui. ff. de preca.* Verùm sicut paria sunt, aliquid nullum esse, aut iniustum & vitiosum esse: *l. quoties. ff. Qui satis. cog.* sic & hoc casu precaria possessio tanquam iniusta & vitiosa pro nulla habetur. Nam is qui precario dedit, ab eo qui precario accepit, possessionem quandocunque vult, auferre potest. *l. qui precario ff. de preca. l. 1. §. vlt. ff. Vti poss.* Similiter ego possidere possum iusta ex causa animo, tu eandem rem vi aut clam nihilominus tenere potes: sed iudex meam solùm possessionem tuetur. Ego enim semper ob id pro possessore habeor, quia competit mihi interdictum vnde vi, vel de clandestina possessione ad recuperandam possessionem, & sic in controuersia possessionis superior sum. *l. si quis vi. ff. de acqu. pos.* Vnus igitur tantum potest esse verus rei dominus, vel possessor in solidum. *l. si vt certo. §. si duobus. ff. Commod.* Possessio non admittit consortem in solidum, sicut nec dominium.

ASSERTIO LXXXIII.

In amittenda possessione non opus est animo & corpore: sed aliquando solo animo, aliquando solo corpore amittitur possessio.

NON sicut ad acquirendam possessionem animo & corpore opus est, ita in amittenda possessione utrunque requiritur. Probatur per l. 3. §. in amittenda. ff. de acq. poss. vbi dicitur, solo animo amitti possessionem, quamvis corpore retineatur.

Cui tamen obstat l. quemadmodum. §. ff. de acqu. poss. & l. ferè 153. ff. de R. I. vbi dicitur, quòd simul utrunque requiratur in amittenda possessione, affectio scilicet & animus, item corpus & factum. Huc referenda est l. peregrè 44. §. ult. ff. de acq. pos. vbi dicitur, si id quod corpore alieno possidebam, veluti per colonum, aliquis ingressus vi colonum deiecerit, me ignorante, amitto possessionem. Ergo in amittenda possessione non requiritur animus, ignorans non habet animum. Resp. Tria sunt genera possessionum. Quarundam rerum possessionem retinemus solo animo, quarundam animo nostro & corpore alieno, quarundam animo nostro, & corpore nostro. Primo, veluti saltuum æstiuorum & hybernorum: secundo, ut per corpus serui, coloni, inquilini: tertio, ut res quibus incubamus. Amittitur possessio solo animo, præcipuè rerum, quas possidemus solo animo, ut sunt saltus hyberni vel æstiu, quos certis tantum temporibus corpore nostro detinemus: l. 3. §. saltus. ff. de acq. pos. Horum possessionem amittimus solo animo, quia & eorum possessionem solo animo retinemus, licet corpore nostro ijs saltibus non incumbamus. l. 4. C. de acq. poss. Interdum & solo corpore amittitur possessio, veluti cum per ministerium alterius possidemus. d. l. peregrè. §. ult. Hoc indicat particula FERÈ. in d. l. ferè. de R. I. posita, quæ modum acquirendæ & amittendæ possessionis claudicare designat. Cuius. ad tit. Inst. de interd. & ad tit. C. de acq. poss. Hanc sententiam approbat & Continus lib. 1. disput. c. 9. vbi asserit, in amittenda possessione satis esse considerare animum, quia cum animo desino possidere, simul & corpore desinam possidere necesse est: quia inuito animo corpus nihil possidere potest, & remoto possidendi animo nulla possessio intelligi poterit, quamvis corpus adhuc sit in fundo: sicut possidere non dicimus eum, cui dormienti aliquid in manu ponitur. l. 1. §. 1. ff. de acq. poss.

Ioannes

Ioannes antiquus glossator aliter hanc antinomial conciliat, qui ait, veram quidem esse regulam, quæ dicit, non nisi corpore & animo amitti possessionem, si incipias amissionem à corpore, id est, si corpore desinas possidere, nam tunc requiritur præterea, ut etiam animo possidere desinas. Sin autem ab animo incipias, ait regulam esse falsam: quia si animo nolis possidere, non est necesse, ut corpore discedas à possessione.

ASSERTIO LXXXIV.

*Posseßio defuncti non transit ad filium, sine noua apprehensione, secundum communem
D D. opinionem.*

FILIVS iuris ciuilib opinione habetur pro domino bonorum paternorum viuo adhuc patre: sed tamen possessor bonorum patris non censetur viuo patre. Ideoque possessio non continuatur morte patris in filium, sed opus est noua apprehensione: & filij si heredes sint, iure scripto ingredientur vacuum possessionem bonorum paternorum, ut notatur in l. ult. C. de edi. D. Hadr. Sin autem possessio occupata sit per alium, habent liberi remedia adipiscendæ possessionis, non autem retinendæ vel recuperandæ, quia non possunt dici retinere possessionem, vel spoliari possessione, quam nunquam habuerunt. *Old. cl. 5. de act. benefic.* Ratio decidendi est, quia possessio est facti, ideò ad eam acquirendam corporali apprehensione opus est. l. 3. l. quemadmodum. ff. de acq. poss. Dominium autem in iure consistit, & fictione legis nititur. Vnde sicut hereditas, quæ iure potissimum & intellectu constat, sola aditione acquiritur, ita & dominium, quod iure & animo quoque comprehenditur, sola agnitione & declaratione mentis percipitur. Probat hanc sententiam l. cum heredes. ff. de acq. poss. vbi dicitur: Cum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem iura ad heredem transeunt, possessio autem non transit, nisi naturaliter sit apprehensa. Et hæc opinio, quod possessionis continuatio non ipso iure influat in heredem, sed quod facto & apprehensione hominis sit opus. l. in usucapionibus 15. ff. de diuer. temp. præscrip. hodie in Camera imperij iudicando est approbata. teste *Minf. cent. 3. Obs. 38. & Andr. Gaul. lib. 1. Obs. præf. Obser. 152.* Facit ad confirmationem huius propositionis, locus qui extat apud Regium Prophetam Davidem *Psal. 2.* vbi cum Davidi regi in persona Christi promittitur regnum, eiusque posteris, non solum in

Aaa 3

Iudeos,

Iudæos, sed etiam exterarum gentes, quæ in Iudæorum & Israëlitarum locum erant coöptandæ, inquit, Postula à me, & dabo tibi gentes in hereditatem, & possessionem tuam terminos terræ. Ibi non sufficebat, ad hoc ut dominium regni in gentes Davidi regi à Deo Opt. Max. concederetur, sed adijcitur, & dabo tibi possessionem terminos terræ, quia dominium regni non potuit solo animo & voluntate propagari & continuari in posteros regis Davidis, nisi quoque possessionem regni in gentes simul apprehenderent, & adipiscerentur.

In contrarium facit *l. cum miles. ff. Ex qu. cau. maio.* quæ dicit possessionem defuncti continuari in heredem. Resp. Ibi possessio pro usufructu accipitur, ut lex declarat, cum ait, possessionem etiam hereditate non adita impleri & perfici: id est, hæc usufructus, quæ inchoata est à defuncto, continuatur & transmittitur ipso iure in heredem, sine ipsius apprehensione.

Obijcitur quoque Pauli sententia in *l. 2. §. filium. ff. Pro here.* qui ait naturalem possessionem viuo patre penes filium esse, in re sibi à patre donata, ita ut nec usufructu possit filius titulo pro herede rem sibi à patre donatam, quasi continuata, non nouo titulo acquisita possessione. Resp. Illa *l.* loquitur tantum de rebus filio à patre donatis & traditis, quas cum filius naturaliter semel possidere cœpit in vita patris, pro herede eas nequit usufructu: propter regulam iuris, quæ dicit neminem sibi ipsi causam possessionis mutare posse: *l. 3. §. illud quoque. ff. de acqu. poss.* pro hærede tamen nihilominus cæteras res usufructu poterit. Vigl. ad *§. sui autem. Inst. de hered. qual. & diff.* Vide de hac propositione *Alciat. lib. 4. Paradox. c. 15. Coras. lib. 6. Miscel. c. 12. & 13.* Huic autem decisioni moribus Galliæ derogatur: nam consuetudo generalis est in tota Gallia, quod *le mort saisit le vif*, id est, quod heres succedat in possessionem defuncti, & quod possessio defuncti continuetur in heredem, ita ut heres possideat bona defuncti sine noua apprehensione. *Chassa. in cons. Burgund. rub. 7. §. 1.* Huc pertinent, quæ tradunt *Fachin. lib. 6. contro. iur. c. xi. Guil. lib. 2. Obser. cap. 128.*

ASSER-

ASSERTIO LXXXV.

Regulariter iudicium petitorium cum possessorio cumulari potest.

AGI simul de adipiscenda, vel de recuperanda possessione, & de proprietate potest. Ac si prius actum sit rei vindicatione, ea pendente, nec intermissa, proponi potest interdictum vnde vi. l. & *an eadem* 14. §. si. de exc. rei ind. l. cum fundum. §. vlt. ff. de vi & vi ar. c. pastoralis. ext. de cau. pos. & prop. Gl. in l. si de vi. ff. de iudic. Sed an cumulatio petitorij & possessorij in interdicto retinendæ possessionis admittatur, maximè dubitatur: vtputa: Cùm aliquis rei vindicationem intentasset, quæ possessori minimè erat conueniens, resipuit, & interdictum vti possidetis intentauit: quæritur, an admittenda sit eius petitio. Et videbatur prima facie non admittenda, quòd intentando rei vindicationem, videatur possessioni renuntiassè, cùm rei vindicatione non agat qui possidet, sed ea detur contra possidentem. l. officium. ff. de rei vend. l. vnic. C. de alie. iud. mut. cau. Itaque agendo rei vindicatione videtur possessionem amisissè, & in aduersarium transfussè. Non ergo competit pro retinenda possessione interdictum vti possidetis ei, qui amisissè possessionem videbatur. Admittendum tamen ad interdictum vti possidetis, Vlpianus respondit in l. naturaliter. §. nihil commune ff. de acqu. poss. Neque dicendum, cum videri renuntiassè possessioni, eò quòd cæpit agere rei vindicatione. Nam voluit retinere possessionem, sed non sciuit, qua ratione id facere posset. Non est autem æquum ei qui in edenda actione aberrauit, aliam actionem à prætore denegari. l. habebat. ff. de inst. act. Hæc igitur est sententia d. §. nihil commune. Quòd si actor cùm non constaret ei se possidere, egit rei vindicatione, ac si non possideret, licebit illi suo iure melius cognito, tantisper dilato illo iudicio, interdicto vti possidetis experiri. Gouea. lib. 1. Var. lect. c. 3. & Cuiac. lib. 7. Obs. c. 38. & lib. 25. Obs. c. 34. Hotom. in illust. quest. quest. 29.

DD. ita communiter intelligunt §. nihil commune, quòd admittatur cumulatio petitorij cum interdicto vti possidetis, retinendæ possessionis causa, quando diuersæ possessionis respectu intentantur Vtputa quando intentans petitorium possidet tantùm ciuilitè, seu animo retinet tantùm possessionem: aduersarius verò possidet rem corpore, vtputa quòd altero absente ingressus sit fundum clandestinè: nam tunc potest absens reuersus, qui animo retinuit possessionem ciuilem, intentare iudicium petitorium

torium rei vendicationis, pro recuperanda naturali possessione existente penes aduersarium, *d.l. officium*: & pro ciuili possessione potest eodem iudicio pendente intentare interdictum Vti possidetis, eò quòd turbatur facto in ciuili sua possessione, propter istam naturalem, quam tenet aduersarius. *l. si duo. in princ. ff. Vti poss.* Neque hoc casu vlla contrarietas impedit cumulationem petitorij & possessorij retinendæ *l. clam possidere. §. qui ad nundinas. vbi gl. ff. de acq. poss. Olden. in pralud. claf. 2.* Quæ de hac questione plura requirit, consulat *Andream Fachineum libro octauo controuersiarum iuris, capite sexto.*

ASSERTIO LXXXVI.

In sequestrum non transfertur possessio.

SEQVESTER est, apud quem plures eandem rem, de qua controuersia est, deponunt, eo fine, vt tamdiu dum lis durat custodiatur, & postea victori litis reddatur. *l. 6. 7. & 17. ff. de pos. l. sequester 110. de V. S.* Solec enim res de qua controuersia est, litigatorum voluntate tradi sequestro, vt cum seruet ad exitum controuersie, & deinde victori restituat. *l. proprie. ff. de pos. l. si quis 9. §. Labro ff. de dolo.* Queritur autem, an & quomodo sequester possideat? Et probabilior veriorque mihi videtur sententia, non aliter sequestrum possidere, quam si ea mente fiat sequestratio, vt possessio de qua existit controuersia, dimittatur. Aliàs custodia rei commissa videtur, non possessio. *l. interesse 39. ff. de acqu. poss.* Quòd si incertum fuerit, qua mente res sequestro deposita sit, possessio minimè in eum translata videbitur.

Obiicitur *l. licet. §. rei deposita. ff. de pos.* vbi dicitur, rei depositæ proprietatem penes deponentem manere, sed & possessionem, nisi apud sequestrum deposita sit. Resp. Tum demum possessio transit in sequestrum, cum constet partes habuisse animum dimittendæ possessionis *d. l. interesse.* Nec obstat *d. l. licet*, quia ibi incertum erat, vter ex litigantibus possideret: dicit enim IC. neutrius possessioni id tempus procedere. Quibus verbis innuit, cum vtrique pars se possidere contendit, nec constat apertè quis possideat, tunc possessio transfertur in sequestrum. Aliàs cum constet quempiam solum possidere, possessio non transfertur in sequestrum. *Coras. lib. 3. Misc. c. 2.* Ratio est, quia nemo præsumitur suum iactare velle, aut animum dimittendæ possessionis habere. *l. cum de indebito. ff. de probat.* Vnde in dubio potius propter securitatem litigantium custodia iudici seu sequestro

questro mandata videtur in sequestratione, quàm ut possessio translata dicatur.

Secundò opponitur *c. i. ex. de sequest. poss. & fruct.* vbi dicitur etiam ex necessaria sequestratione transire possessionem in sequestrum, dum inquit *Pont.* Et prælibatam possessionem *Celestinus* sequestrari mandauit. Resp. Possessio ibi non propriè accipitur, prout est ius insistendi rei, sed possessio pro re ipsa & agro ponitur. Neque est nouum, ut possessionis verbo ipsa res mobilis vel immobilis contineatur. *l. interdum 79. de V. S. l. Inpp. ff. de seru. urb. præd.* DD. communiter ita distinguunt, quod in voluntario sequestro, quando partes volentes rem apud sequestrum deponunt, possessio rei depositæ transeat in sequestrem. *per d. l. licet. §. rei depositæ. ff. de pos.* Aliud obtinet in sequestro necessario, quando iudex penes sequestrem rem deponi edicit, ne fortè partes ad arma, & rixas perueniant. *l. si cuius 13. §. sed si inter. ff. de vsufr.* tunc enim non transit possessio in sequestrum, sed penes eum qui possidebat, manet. *d. l. interesse.* Ita communiter à DD. receptum esse tradit *Costal. ad d. l. licet. ff. de pos.*

ASSERTIO LXXXVII.

Infans absque auctoritate tutoris possessionem acquirere non potest.

CONFIRMATVR hæc sententia *per l. i. §. i. ff. de acq. poss.* vbi dicitur, pupillum sine tutoris auctoritate possidere incipere, si modò eius ætatis sit, ut intellectum capiat. Eandem sententiam comprobatur *l. quamuis 32. §. i. ff. eo.* vbi dicitur, infantem non aliter quàm tutore auctore incipere possidere. Ratio additur in tex. quia infantis iudicium suppletur tutoris auctoritate, alioquin nullus sensus est infanti accipiendi possessionem.

Obiicitur *l. 3. C. de acqu. poss.* vbi dicitur, donatarum rerum infanti, vacuam possessionem corpore acquiri. Resp. Possessio non aliter acquiritur, quàm si corpore rem apprehendas, & animum dominantis habeas. Sed infans quamuis verba possit proferre ad acquisitionem possessionis necessaria, non tamen intelligit, neque diiudicare potest, quid sibi velint ea quæ dicuntur, & ad quem finem res ipsi tradatur. Quod autem dicitur *in d. l. 3.* infanti acquiri possessionem, id tantum ad res donatas & traditas referendum est, quarum scilicet vacua possessio infanti de manu in manum traditur. De donatis namque rebus tantum ibi sancit Imp. in quibus

B b b

tradendis

tradendis tanta non requiritur obleruatio, quàm si ex alio quouis contractu, puta emtione, permutatione, aut simili transferenda esset possessio. Rem enim accipiens infans ex donatione, ex sola acceptatione sibi rei donatæ possessionem acquirit. Itaque licet non tam plenus sit in infante animi affectus, qui ad acquirendam possessionem requiritur, corpore tamen rei insistit. *d.l.3. Duare. ad d.l.1. §.1. Charon. lib.2. Verisim. c.6.*

DD. communiter respondent, quòd in *d.l.3.* infans possessionem acquisiuit cum auctoritate tutoris: quæ interpretatio omnem quoque contrarietatem componit. Illud denique notandum, quòd nouissimo iure constituit Constantinus Imp. vt seruus infantis adhibeatur, qui eius nomine rei donatæ possessionem acquirat. *l. si quis 26. C. de donat. Hotom. in disput. de donat. Fachin. lib.8. contro. c.19. vbi approbat hanc positemam solutionem.*

ASSERTIO LXXXVIII.

Si colonus possessione decesserit, non interpellatur possessio domini.

FVIT inter Proculianos & Sabinianos dissensio, utrùm dominus amittat possessionem, si colonus deserendæ possessionis causa exeat de fundo. Proculiani dicebant, dominum nihilominus animo retinere possessionem: *l. cum quis 31. ff. de dolo. l.3. §. quod si seruus. ff. de acq. poss.* Contrarium statuit Pomponius, qui fuit Sabinianus, in *l. si colonus 31. ff. de acq. poss. & Sabinum sequitur Africanus in l. si de eo 40. §. 1. vers. aliud existimandum. ff. eo.* Sed Iustinianus hanc controuersiam dirimit in *l. ult. C. de acqu. poss.* & Sabinianorum sententia reiecta, pronuntiat pro Proculianis, quòd scilicet negligentia & desertione coloni dominus quæsitam possessionem non amittat. Hodie ergo colono discedente ex fundo deserendæ possessionis causa, dominus animo retinet possessionem. *Borcholt. de acq. poss. c.7.* Porro licet possessio domini non amittatur negligentia coloni, tenetur tamen colonus qui decessit de possessione, domino actione de dolo malo, si quid ex eo damni senserit: vt puta si ob id aruacius non sunt proficilla, & fructus idoneo tempore non sunt collecti. *d.l. cum quis. & ibi Cuiac. ff. de dolo.*

ASSER-

ASSERTIO LXXXIX.

Creditor pignus naturaliter possidet.

CREDITOR pignus, quod ei à debitore traditum est, possidet naturaliter. *l. cum & sortis. §. vlt. ff. de pig. act. l. per seruum 37. de acq. re. do. l. i. §. per seruum ff. de acq. poss.* Ideoque & creditori dabitur interdictum uti possidetis, pro conseruanda possessione pignoris, ut rectè colligit *Accur. n. l. si duo. §. creditores. ff. Uti poss. Cuiac. consult. 25. Meno. de retin. poss. remed. 3. 125.* ubi addit rationem, quia verè possidet creditor, excepta causà vsucapionis. *l. serui 16. ff. de vsuca.* Vnde etiam creditori competit conditio possessionis ad auocandam possessionem pignoris. *l. si pignore. §. si post. ff. de i. act.*

Obijcitur *l. sciendum. §. creditor. ff. Qui satisfd. cog.* ubi dicitur, quòd creditor qui pignus accepit, possessor non est, tametsi habeat possessionem sibi traditam. Resp. Creditor possidere videtur quoad quædam, scilicet quoad hoc, ut rei vendicatione & actione ad exhibendum conueniatur. *l. l. serui. & ibi Cuiac.* Item quoad hoc, ut possessio præcedentis possessoris, id est, debitoris, sibi addicatur. *d. l. serui. in fi.* Item quoad hoc, ut interdicto uti possidetis experiri possit. E contra quoad quædam, dicitur non possidere, ut quoad vsucapionem. *l. 3. §. per seruum. l. qui pignoris 36. ff. de acq. poss.* item quoad euitandam satisfactionem iudicio sisti. *d. l. sciendum.*

Secundò obijcitur *l. cum notissimi. §. i. C. de præscr. 30. an.* ubi dicitur, possessionem pignoris apud debitorem esse constitutam. Resp. Hoc idè ibi statuitur, quia debitor quandoque vult, potest offerre debitum, & ita eam habere, & sic erit apud eum pignoris possessio. Præterea si apud debitorem esset possessio, & creditoris seruus surriperet pignus, dominum aut debitorum possessione priuaret: quod tamen non facit. *l. nou. selum. §. l. ff. de vsuca. glo. in d. l. cum notissimi. §. i.*

ASSERTIO XC.

Missus in possessionem ex primo decreto non possidet, sed ex secundo decreto missus possidet: & si aduersarius erat dominus, missus fit dominus, si minus, præstatur usucapiendi conditio.

MISSIO in possessionem ita fieri solet. Si reus citatus non veniat ad iudicium, & contumacia eius accusetur, Prætor actori concedit ex primo decreto missionem in possessionem bonorum debitoris, pro debiti quantitate, vel in possessionem rei, quam propriam contendit; & crescente contumacia Prætor interponit in actionibus personalibus secundum decretum, in realibus verò declarat actorem esse possessorem. Ex primo decreto missus non possidet, sed est tantum in possessione, id est, custos est potius quam possessor, remque derinet & custodit, donec debitor tædio affectus ad iudicium veniat responsurus. *c. quoniam frequenter. §. ult. ext. Ut lit. non contest.* Ex secundo decreto missus verè possidet. Hanc decisionem probant *l. 3. §. ult. ff. de acq. poss. l. si duo. §. creditores. ff. de poss. l. si finita. §. Iulianus. & §. si quis autem 9. cum §. seq. & §. illud queritur 18. vers. posteaquam. ff. de dam. inf. l. cum legatorum. ff. Ex qu. cau. in poss.* Porro missus ex secundo decreto rem usucapit, si possessor non erat dominus. Quod si erat dominus, secundum decretum facit missum dominum, sine temporis intervallo. *l. 2. ff. Si ex nox. cau. l. 5. ff. Com. diu. l. 3. §. 1. ff. de reb. eo. qui sub tute.* Hæc est Accursij sententia in *d. l. si finita. §. si plures*, quæ communiter à D. D. probatur, teste *Wesem. in parat. de dam. inf. per l. 1. ff. de sum. dot. vbi dicitur*, missum in possessionem ex causa damni infecti fieri dominum. Hæc autem obtinent tantum in personali actione. Nam in realibus possessio tantum contumaci auferitur, salva per longum tempus proprietatis quæstione, quæ per secundum decretum absenti non auferitur. *l. 2. in fi. vbi gl. C. Vbi in rem act. l. si quis emtionis. §. pen. C. de præf. 30. an. Wesem. d. loco.*

Obijcitur *l. consentaneum. C. Quæm. & quan. ind. & d. l. 2. vbi missus in actione reali ex primo decreto efficitur verus possessor. Resp. cum Accur. in d. l. consentaneum.* Aut mittitur post litem contestatam in possessionem, & tunc statim efficitur verus possessor. Aut mittitur ante litem contestatam, & tunc non efficitur verus possessor, nisi post lapsum anni. *d. l. si quis emtionis. §. sed etsi quis.*

Secundò

Secundò obijcitur *l. is cui. ff. Vt in poss. lega.* vbi dicitur, in possessionem missum nunquam pro domino esse incipere. Resp. Hoc verum est in misso ex primo decreto, ex secundo tamen decreto missus fit dominus. *4. l. si finita. §. si quis autem. l. 5. ff. Com. diu. l. 1. ff. de fun. dor.*

ASSERTIO XCI.

*Ita demum per procuratorem domino acquiritur possessio, si
& dominus velit, & procurator habuerit ani-
mum domino acquirendi.*

PER liberam personam, quæ nostro iuri subiecta non est, cæteræ res nobis acquiri non possunt, possessio tantum acquiri potest, & ex possessione dominium. *l. 1. C. Per qu. pers. no. acqu. l. 1. & l. per procuratorem. C. de acqu. poss.* Sed non nisi volente domino acquiritur, *l. ea quæ 53. ff. de acq. re. do.* Ideò enim per procuratorem possessio acquiritur, quia primò per eum volumus acquirere, dum ei mandauimus, vt nobis rem gereret. Est enim procurator, qui mandato domini negotia eius administrat. *l. 1. ff. de procur.* Ideòque si absit mandatum, & aliquis nostro nomine ingressus sit possessionem, non aliter nobis acquirit possessionem, quàm si ratum habuerimus. *l. communis 42. §. 1. ff. de acq. poss. l. si ego 24. ff. de neg. gest.*

Obijcitur *l. possessio 49. §. ult. ff. de acq. poss.* vbi dicitur, possessionem etiam per procuratorem domino ignorantiqueari. Resp. Procurator acquirit domino, etiamsi ignoret dominus quid emerit, & domini nomine acceperit. Sed quæcunque est hæc ignorantia, tamen nunquam acquireret domino nisi volenti. Nam siue specialis sit procurator, cui dominus mandauit de re certa, siue generalis, cui generaliter mandatum est, vt domini negotia gereret, iam ab initio dominus hac mente fuit, vt vellet, quicquid procurator domino gereret, id domino acquireret.

Ita demum autem nobis per procuratorem possessio quæritur, si ea mente sit procurator, vt velit nobis operam suam accommodare. Sin autem procurator suo nomine nanciscatur possessionem, non dicitur nobis per eum quæsitæ possessio. *l. 1. §. per procuratorem. ff. de acq. pos.* Ad acquirendam enim possessionem necessaria est voluntas procuratoris.

Sed huic sententiæ grauer aduersatur *l. qui mihi 13. ff. de dona.* vbi dicitur, quòd si quis tradidit quid procuratori meo, vt mihi acquireret, & procurator accepit, vt suum faceret, nihilominus mihi acquiri. Vnde colligitur, in translatione possessionis non esse opus voluntate procuratoris.

Bbb 3

Resp.

Resp. Regulariter per procuratorem non aliter nobis acquiritur possessio, nisi & ipse velit nobis acquirere. *l. 1. §. hac quæ de seruis. ff. de acq. poss.* Sed hoc non procedit, quando ille qui tradit, hoc agit, ut nobis acquiratur: quo casu malignitas procuratoris domino non nocet. Ita est accipienda *d. l. qui mihi. ut notat Accur. in d. §. Hæc quæ de seruis.*

ASSERTIO XCII.

Procurator venditoris, si domino mortuo, ignorans eum mortuum esse, in vacuam possessionem emitorem induxit, possessionem transfert.

TRADITUR hæc decisio apertè in *l. fundi 33. ff. de acq. pos.* vbi ita distinguitur. Aut procurator qui ex domini mandato fundum venditum tradidit emtori, ignorauit dominum esse mortuum, & eo casu rectè in emitorem possessionem transtulisse censetur, nam ex iusto errore emtor voluntate domini possessionem accepisse intelligitur. Aut procurator sciuit dominum decessisse, & eo casu non rectè transfert possessionem, quia mala fiderem gessit, quod factum eius venditoris heredibus nocere non debet.

Sed vehementer refragatur *l. eius. vers. quas verò. ff. Si cer. pet.* vbi disertè negat Africanus, eum cui dominus mandauit, ut quid suum traderet, mortuo domino tradentem id transferre, quamuis mortuum dominum esse ignoret. Resp. Regulariter procurator cui quid mandatum est à domino ut traderet, si id mortuo domino tradat, non alienat, quantumuis ignoret dominum decessisse, quia generaliter mandatum morte domini mandantis finitur. *§. rectè. Inst. Manda.* At tamen si procurator constitutus erat ad id, ad quod constituens cogi poterat, ut puta si venditor mandauit procuratori, ut rem à se venditam tradat emtori, hoc mandatum morte mandantis non dissoluitur. *d. l. fundi. vbi Alex. Castren. & communiter DD.* hanc notant regulam, quòd licet mandatum expiret morte mandatoris, tamen quando mandatur executio necessaria alicuius actus principalis, non expirat mandatum. Possessio itaque rectè traditur à mandatario ignorante mortem mandantis, non tamen dominium, ad exemplum eius procuratoris, qui expressam mandati reuocationem ignorans, bona fide rem tradidit: transfert enim is possessionem. *l. mandatum distrabendorum 57. ff. Manda.* Dominium autem nusquam transfertur à procuratore, cuius mandatum reuocatum est, etiam si ipse bona fide rem tradidit, minimè

ninimè certus de sua reuocat. *tex. in d. l. eius. §. quas verò. optimus text. in l. papinianus. ff. de Publ. act. & in l. 2. §. sed si quis. ff. de dona. Couar. c. xi. pract. iust.* vbi tamen contra communem disputat. De hac quæstione, an & quando mandatum morte mandantis finiatur, plenè & solidè tractat *Bart. in d. l. 2. §. sed si quis.* vbi per decem oppositiones hanc quæstionem examinat & dissoluit.

Secundò ei quod dicitur *in d. l. fundi*, mandatum defuncti posse reuocari per heredes, neque posse procuratorem mortuo domino inuitis heredibus possessionem tradere, aduersatur. *l. si ego 9. §. si res. ff. de iu. dot.* vbi cum defunctus iussisset aut destinasset dotem dari puellæ alicui, cùm upta esset, & post mortem defuncti donatoris nuptiæ sequantur, non possunt heredes donantis hanc donationem, seu hoc mandatum donandi reuocare, cùm tamen aliàs mors donantis interueniens ante traditionem, impedit donationem. *d. l. 2. §. sed si quis.* Resp. Hoc speciale est fauore dotis & matrimonij, vt res quas defunctus iussit dotis esse, etiam nuptijs secutis post mortem donantis, in dote maneant, atque vt heres cogatur hanc donationem implere, licet dotans ante traditionem rei dotalis, vel ante nuptias mortuus sit, idque benignè receptum est, ne mulier maneat indotata. Nam & hæc fuit mens dantis, vt quandoque nuptijs secutis res dotis fierent. Traditur ergo casus singularis *in d. §. si res*, quo mandatum morte mandantis non soluitur: cùm videlicet quis dedit procuratori mandatum soluendi vel donandi dotem de patrimonio suo, tunc enim morte mandantis non finitur mandatum, & poterit etiam procurator post mortem domini soluere, quem textum ad omnem piam causam extendit *aldus in l. mandatum. C. Mandat. Addit. ad Decium in l. 3. de R. l. in fine.*

ASSERTIO XCIII.

Nulla possessio nisi animo & corpore acquiritur.

ADIPISCIMUR possessionem corpore & animo, neque per se animo, aut per se corpore. *l. 3. in princ. & l. quemadmodum. ff. de acq. pos.* His verbis ostendit IC. duo necessariò ad acquirendam possessionem requiri, corpus scilicet & animum. Solum corpus non sufficit ad acquirendam possessionem. Animo quoque adipisci possessionem non possumus. *l. i. vniuersal. §. quod per colonum. ff. de acqu. poss.* Sed vtrunque & animum & corpus concurrere oportet, vt rei alicuius possessio acquiratur. Animus scilicet voluntatem & persuasionem possidendi certam significat, corpus verò tum aliquem corporeum ad animum accedentem.

Obijcitur

Obijcitur primò *l. 3. §. Neratius. ff. de acqu. poss.* vbi tradunt Neratius & Proculus, quòd si quis scit thesaurum in suo fundo positum, quòd continuò eum possideat, simul atque possidendi animum habuerit. Ibi acquiritur possessio affectu possidendi, absque naturali possessione, hoc est, absque apprehensione thesauri. Igitur possessio aliqua acquiritur sine corpore. Resp. In eo §. proponitur, dissensionem fuisse inter Proculianos & Sabinianos. Proculiani dicebant, continuò me possidere thesaurum, quem in fundo meo quem possideo, positum scio, simul atque possidendi thesauri animum habuero. Sabiniani verò voluerunt, eum qui fundum detinet & possidet, quamvis sciat in illo fundo thesaurum esse, & affectum possidendi thesauri habeat, non aliter possidere thesaurum, quàm si locum eum moueat, & corpore contrectet. Quam Sabinianorum sententiam tanquam veriozem Paulus ibi amplectitur, quam & Papinianus comprobatur in *l. peregrè. ff. de acqu. poss.* vbi tradit, pecuniam quam alius in meo fundo custodia causa recondidit, non aliter me possidere, quàm si eius possessionem supra terram adeptus sim, hoc est, si pecuniam apprehenderim & loco mouerim.

Secundò aduersatur *l. si me in vacuam 33. ff. de acq. pos.* vbi expressis verbis dicit I. C. animo acquiri possessionem posse. Resp. In prædicta lege non dicit I. C. animo acquiri possessionem, sed dicit, si animo acquiri potest possessio, quod perinde est, ac si diceret, posito, non tamen concessio, animo acquiri possessionem: dubitatur an acquisita sit possessio, si ege putari me ire in fundum Cornelianum, cum tu me misisses in possessionem fundi Semproniani. Et respondetur, etiam illo posito, animo acquiri possessionem, non tamen mihi acquisitam possessionem, quia erravi. Error enim in corpore impedit acquisitionem possessionis. Ponit Ulpianus illud, quod falsum est, & ostendit falso illo posito, nihilominus possessionem non fuisse acquisitam, etsi diceremus possessionem solo animo acquiri posse. Borch. c. 3. de acqu. poss. num. 18.

Tertiò opponitur *l. quarundam 51. ff. de acq. pos.* vbi dicitur, quarundam rerum possessionem solo animo acquiri, & additur exemplum, quòd si venditus sit mihi aceruus lignorum, & venditor eum me tollere iussit, quòd simul atque custodem apposuerim, traditus mihi videatur lignorum aceruus. Solo igitur animo absque corpore, id est, absque aliqua lignorum contrectatione acquiritur possessio. Resp. Quòd ibi appositio custodis habetur pro corporali quadam traditione lignorum: itaque statim atque custodem apposuerim, tradita mihi videtur possessio acerui lignorum.

Quartò obstat *l. 1. §. si iusserim. & l. quod meo 18. §. si venditorem. ff. de acq. pos.* vbi

vbi dicitur, quod id possideam, quod venditorem in domo mea deponere iussi, etiam si id manu non attigerim. Resp. Ibi traditio facta ab aduersario supplet actum corporalem. Vel potius dicendum, quod aspectu ibi acquiratur possessio. Dum enim quis iubet rem in conspectu suo deponi, per aspectum, veluti per sensum corporalem, quæritur ei possessio.

ASSERTIO XCIV.

*Ex pluribus causis eandem rem possidere possumus.
quamuis dominium non nisi ex vna
causa contingat.*

REGULA est, quod ex pluribus causis eandem rem possidere possumus, sed dominium non nisi ex vna causa nobis contingere potest, quæ tradita extat in l. 2. §. ex plurimis. ff. de acq. pos. & in l. non vt ex pluribus 159. de R. I. Ratio differentia est, quia dominium vndecunque sit, vnum est, & quod semel nostrum est, amplius nostrum fieri non potest. §. sic itaque. Inst. de act. At possidere facti est, cumque positum sit in naturali possessione nanciscenda, toties possidere videmur, quoties naturalem eius possessionem nanciscimur. arg. l. 3. §. Nerva. ff. de acqu. pos. Proinde nihil impedit, quo minus, vt plura sunt facta, pluresque velut possessiones temporibus discretæ, ita in singulis ex noua causa possideamus. Huius rei hic est effectus, vt si quis in iudicio de possessione victus sit ex vna causa, non prohibeatur eodem interdicto sibi defendere possessionem ex alijs causis, quia alia res in iudicium deducitur.

Sed videtur ob stare l. si quis ante 10. ff. de acqu. poss. vbi dicitur, quod si quis conduxit rem aliquam, deinde eandem precario rogauit, quod per precarium à conductione recessum videatur. Vnde colligitur, quod ex pluribus causis eandem rem non possidemus. Resp. Hoc non sequitur: nam ex ijs causis nulla acquiritur possessio, sed nuda tantum detentio; quo casu spectamus quod nouissimè factum est. l. interdum 21. §. fin. ff. de acq. pos.

Secundò obijcitur l. 4. C. de cont. emp. vbi dicitur, titulum possessionis duplicari non posse. Resp. Verbum possessionis pro dominio ibi accipitur. Quod itaque dicunt Impp. titulum possessionis duplicari non posse, ita accipiendum est. quod titulus siue causa dominij duplicari non potest, & quod qui ex vna causa seu titulo nactus est dominium, non potest ex alio titulo seu causa nancisci dominiū. Hanc esse d. l. 4. sententiam, probat

C c c

perspicuè

perspicuè ibidem Accursius. Sic enim & alijs iuris locis possessio pro dominio frequenter accipitur. in *l. interdum. 78. de V.S. l. Imperatores. ff. de seru. rust. pred. l. uxorem. 41. §. legauerat. ff. de leg. 3.*

A S S E R T I O X C V.

Uxor rem donatam à viro possidet naturaliter.

NA T U R A L I T E R possidet mulier, cui aliquid constante matrimonio à viro donatum est. Hæc donatio inutilis quidem est quoad translationem dominij, sed tamen ex ea donatione acquiritur vxori naturalis possessio, cum volente marito domino rei donatæ corporaliter insistat; & competunt ei interdicta possessoria pro possessione rei donatæ consequenda & retinenda. *l. 1. §. si vir. l. quod vxor 16. ff. de acqu. poss. l. 1. §. detrahitur. ff. de vi & vi arm.* Imò ex possessione coniugis donatarij hoc commodum ad possidentem redit, vt fructus ex re donata perceptos suos faciat: *l. fructus 45. ff. de usur. l. de fructibus 17. ff. de don. int. vi. & vx.*

Sed obstat huic assertioni *l. inter virum 46. ff. de don. int. vi. & vx.* vbi dicitur, Inter virum & uxorem nec donatio possessionis vlla est. Resp. Loquitur I C. de donatione ipsa, non de possessionis translatione, & quodd assertitur, lege prohibitam esse inter coniuges donationem, hoc ita intelligendum est, siue alter alteri donet possessionem, siue proprietatem. Quia enim lex prohibet generaliter donationem inter coniuges constante matrimonio, intelligitur prohibita non tantum proprietatis, sed etiam possessionis translatio & donatio. Transfertur tamen ex hac causa possessio corporalis & naturalis in mulierem, quia res facti, id est, naturalis possessio, quæ facto & corpore consistit, iure ciuili infirmari non potest. *d. l. 1. §. si vir. ff. de acqu. pos.* sed possessio ciuilis ex hac donatione non transfertur: *l. eum qui 26. ff. de dona. int. vi. & vx.*

Secundò obstat *l. 3. §. sciendum. ff. de dona. int. vir. & vx.* vbi dicitur, irritam esse donationem inter coniuges, & traditionem non valere. Resp. Traditio hæc effectum iuris non habet, id est, hac traditione dominium non acquiritur, licet naturalis possessio ex ea donatione transferatur ad donatarium.

A S S E R -

ASSERTIO XCVI.

Possessio non tantum facti est, sed etiam iuris.

POSSESSIO partim facti est, quatenus in facto corporalis possessionis consistit; partim iuris est, quatenus est in animo possidentis. *l. possessio quoque 49. ff. de acqu. poss.* vbi dicitur, etsi naturaliter possessio teneatur à fructuario, tamen ex iure plurimum mutuatur. Ius plerumque accedit possessioni, quæ facti est, id est, accedit approbatio iuris ciuilis. Vnde duplicem statuit *Imp. possessionem in l. nemo. C. de acqu. pos.* aliam quæ iure, aliam quæ corpore consistit, hæc natura, illa dignitate prior. Nam vt alia, sic possessionis iura ex facto oriuntur, nec quisquam antè possidet animo, quàm facto naturali rem occupauit. *d. l. nemo.* Possessio est facti, quia detentio est, id est, vsus rei. *l. denique. 19. ff. Ex qu. cau. maio.* & animi, quia affectionem, voluntatem & opinionem domini desiderat. *l. 1. §. Scauola. ff. Si quis test. lib.* Possessio quoque fructuarij, quæ naturalis est, etiam ex iure plurimum mutuari dicitur. *d. l. possessio.* Sed facti magis est, quàm iuris, quia iure domini destituitur, quod ius optimum maximumque est.

Obijcitur, quòd possessio vsus definitur, vsus autem detentionem significat, quæ factum designat. *l. questio 115. ff. de V. S.* Ergo facti est. Resp. Vsus ibi accipitur pro iure vtendi. Sic possessio quoque ius possessionis appellatur in *l. peregrè. ff. de acqu. poss. l. non idèd. C. de lib. cau.*

Secundò obijcitur *l. cum heredes 23. §. 1. ff. de acqu. pos.* vbi dicitur, quòd captus ab hostibus & reuersus non recuperat possessionem, sed opus sit ei noua apprehensione. Vnde & ciuilis possessio ab eo amittitur: ex quo apparet eam non esse iuris, quia aliàs animo retineretur. Resp. Quamuis in ciuili possessione aliquid est iuris, aliquid tamen est facti quoque. Imò voluntas ipsa facti est, quia concurrente voluntate, possessio iuris subsidio retinetur. Hunc animum captus ab hostibus non præsumitur retinere, vnde & ille animus, qui etiam facti est, non dicitur ei restitui. Quòd autem animum possidendi non habeat, probatur tum ex *l. 3. §. si quis nuntiet, & l. si id quod 25. §. ult. ff. de acqu. poss.* tum ex eo, quòd cum captus ab hostibus ab alio possideatur, ipse nihil amplius possidere intelligitur. Quòd si animo & corpore capti non est opus ad retinendam possessionem, vtputa si per subiectas iuri suo personas possidebat, restituitur ei possessio. *l. in bello. §. facti. ff. de capt. & postl. reuer. l. 15. ff. de vsu. cap.* Vide latius de hac quæstione differentem *Cuiatium. lib. Obser. 18.*

c. 24. Pacium centur. 6. εναντιοφανων. quest. 98. Fachinsum libro 8. contro-
ver. iurif. c. 5.

ASSERTIO XCVII.

*Possessio amittitur rei depositæ contrectatione, lucri
faciendi causa, non inficiatione sola.*

CONTRECTATIONE rei depositæ facta animo sibi habendi, & lucri faciendi causa, furtum committitur, & dominus priuatur sua possessione. Aliud dicendum est, si depositarius rem apud se depositam abnegauerit, & inficiatus fuerit: tunc enim furtum non facit, neque dominum possessione subuertit. text. in l. 3. §. si rem. ff. de acqu. poss. l. 1. & l. inficiando 67. ff. de furt. Ratio diuersitatis est, quia ad hoc ut furtum committatur, & domini possessio interuertatur, factum & contrectatio aliqua requiritur. Furtum enim non solo verbo, non scriptura, non animo, sed contrectatione committitur. l. si quis uxori 52. §. neque ff. de furt.

Sed vehementer obstat huic assertioni l. si rem mobilem 47. ff. de acqu. poss. ubi dicitur, si rem apud te depositam negare, & tibi possidere constitueris, protinus amitti possessionem. Ergo non est necessarium, ut res deposita loco moueatur, ad hoc, ut amittatur possessio. Resp. In ista lege depositarius non solum constituit rem depositam negare, sed etiam contrectauit, & loco mouit. Quod colligitur ex verbis legis, quæ sic habent, si tibi possidere constitueris; Dum enim dicitur, quod sibi possidere constituerit, factum denotat, quod scilicet rem contrectauerit, & loco mouerit. Alioqui enim non poterat sibi possidere, cum ad acquirendam possessionem apprehensione, & corporali facto opus sit. l. 3. in princip. ff. de acquir. poss. 212. ad d. §. si rem.

ASSERTIO XCVIII.

*Qui precario possidet, interdicto uti
possidetis experiri potest.*

DATUR precario possidenti interdictum uti possidetis contra omnes, præterquam contra eum à quo precario accepit, seu precario possidet. l. qui precario. 17. ff. de acqu. poss. l. 1. §. fina. ff. uti possid.

Sed

Sed obstat *l. certè. 6. §. is qui rogauit ff. de precar.* vbi dicitur, eum qui precariò rogauit, non possidere. Ergo nec interdictum *Vti possidetis* ei competit. Resp. Quando sic precariò res conceditur, vt impetrans possideat, nec interdicto retinenda possessionis is experiri potest. Verùm in allegata lege contraria tantùm precarium concessum est, vt quis precariò ad tempus in fundo moretur. Ideoque ei interdictum *Vti possidetis* non competit, quia nec ciuilitè nec naturaliter possidet. *Oldendor. clas. 4. act. 16. §. affnib. remed.* Cum ergo nominatim fuit possessio precariò concessa, nec haud dubiò acquiritur possessio precariò accipienti. *l. & habet 15. §. cum qui. ff. de precar.* vbi inquit Pomponius, Eum qui precariò rogauit, sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium.

Secundò hîc adhuc alia occurrit antinomia. Nam in *l. quacunque 13. §. interdum ff. de Publ. act.* dicitur precariam possessionem iustam esse & legitimam. Contrarium asseritur in *l. Pomponius x111. §. cum quis. ff. de acquir. poss. & in l. cum heres x1. ff. de diuer. temp. prescrip.* vbi affirmatur, precariam possessionem esse vitiosam, illaque tria vitia possessionis, quod quis vitiosam, aut precariò possidet, in eodem gradu collocantur. Responderi potest dupliciter: vel quòd precaria possessio dicitur iniusta, respectu illius, à quo quis precarium accepit. Vel quòd verius est, quòd precaria possessio respectu ciuilis possessionis, quæ ad vsucapionem requiritur, vitiosa censeatur: nam ille qui precariò possidet, vsucapere non potest, *l. si quis de iur. d. 10. ff. Si seruit. vend. d. l. cum heres. l. Pomponius. §. si is qui ff. de iur. pos.*

ASSERTIO XCIX.

Pupillus animo desinere possidere non potest, corpore potest.

PUPILLVS sine tutoris auctoritate possessionem animo amittere non potest, quia animi iudicio caret, sicut furiosus. *l. Fulcinus. vii. §. planè. ff. Ex quib. caus. in poss. eat.* Corpore tamen potest desinere possidere sine tutoris auctoritate. *l. possessionem xxix. ff. de acquir. posses.* quia facti iure ciuili infirmari & conuelli non potest, *l. 1. §. si vir. ff. de acquir. poss.* id est, ius ciuile efficere non potest, vt qui exiuit de fundo, non exierit. Ius ciuile factum infectum efficere non potest. Caterùm corpore per se solo non amittitur possessio.

Sed obstat *l. pupillum x1. ff. de acqu. rer. dem.* vbi dicitur, ne naturalem

Ccc 3

quidem

quidem possessionem pupillum amittere posse, nisi praesente tutore auctore. Resp. Quod hic dicitur, intelligendum est tam de civili, quam naturali possessione, hoc modo, ut pupillus neque civilem possessionem; quæ jure & animo domini habetur, neque naturalem, quæ alio jure subnixæ est, veluti usufructus vel pignoris iure, animo amittere possit, sine tutoris auctoritate; corpore saltem ab eo possit discedere; quæ discessio absque animo in causâ amittendæ possessionis nihil efficit, quia possessio absque animo non amittitur.

Obiicitur secundò *l. 2. §. si à pupillo ff. Pro empt.* ubi qui à pupillo absque auctoritate tutoris bona fide rem alienam emit, cum ignoraret eum pupillum esse, usufructu potest. Resp. Utilitatis ratione propter iustum errorem id receptum est, ut emptor qui emit rem à pupillo, qui omnium opinione existimabatur esse pubes, usufructu possit; quia iustus error ad perficiendam usucapionem nemini nocere debet. *l. quod vulgò x1. ff. Pro empt.*

A S S E R T I O C.

Possessio per colonum, commodatarium, & depositarium, quamvis alteri locet, commodet, vel deponat, retinetur.

SI rem tibi commodatam, tu alij existimanti eam rem tuam esse, commodaueris, ego qui commodavi, non desino eam possidere. *l. qui uniuersas 30. §. ult. ff. de acq. pos.*

Sed obiicitur huic sententiæ *l. si pignore 54. §. 1. ff. de furt.* quæ lex commodatarium, qui rem commodatam, furtum facere tradit. Itaque si furtum facere ait, dominum possessione rei interuertit. Ergo dominus possidere desinit. Resp. Non desinit possidere, quia etsi per eum cui commodauit, non possideat, quia fur est, possidet tamen per secundum commodatarium, si ipse furti conscius non fuerit; puta si putauit, ut non abs re ponitur *in d. §. ult.* rem fuisse commodantis. Vel potius responderi potest, quod commodatarius qui inuito domino rem alteri commodat, non tam possessionis, quam usus furtum facit. *d. l. si pignore. §. 1.* Cum enim per commodatum non transferatur possessio, *l. rei commodatæ 8. ff. Commod.* sed usus tantum; sequitur, quod commodatarius per solum commodatum factum inuito domino, faciat quidem furtum ipsius usus, sed tamen possessionem domini non interuertat.

Secundò

Secundò statuitur, me retinere possessionem, si colonus meus fundum alii locauerit, quod suo iure, sine vitio facere potest. *l. si id quod 25. §. I. ff. de adquir. pos. l. nemo. 6. C. Loca.* Idemque, si is apud quem rem meam deposui, apud alium rursus eam deposuerit, quòd etiam suo iure facere potest, *l. si is apud quem 16. ff. de pos.* Quod enim mihi custodiendum datum est, possum rerum alteri custodiendum dare.

Sed obiicitur *l. non solum 33. §. qui pignori. ff. de rsucap.* vbi traditur, dominum desinere possidere, si depositarius vel commodatarius rem alii traderit. Resp. Ibi commodatarius vel depositarius ex causa habili & idonea ad translationem dominii alteri rem tradidit, puta ex emtione vel donatione, quo casu interuerit possessionem domini. At si rem alii commodauerit, putans rem eius esse, vel si deposuerit apud alium, vel si alii locauerit, putans rem eius esse, non desinit dominus possidere. *Gl. & Barr. in d. l. qui vnuerfas. §. vlt.*

CENTVRIÆ



CENTVRIÆ QVARTÆ
ENANTIOΦΑΝΩΝ.

ASSERTIO I.

*Duo in solidum eandem rem possidere
non possunt.*



Æc thesis latè & copiose satis confirmata est Centur. i i i. Assert. lxxxii. Et conuincitur porro hoc necessario argumento, quod possidere est vacuum rei possessionem apprehendere, arg. l. 3. in princ. ff. de act. emp. Quod quia à duobus in solidum fieri non potest, cum si vnus semel rem apprehenderit, non potest alius absolutè & solidè eandem rem occupare, nisi alter possidere desierit. l. certè. §. 1. ff. de precar. l. 3. §. ex contrario. l. clam. §. qui ad nudinas. ff. de acq. pos. sequitur, duos in solidum eiusdem rei possessores esse non posse.

Obiicitur l. si finita. §. si plures. ff. de dam. inf. vbi dicitur, si plures Prætor mittat in possessionem damni infecti nomine, singulos possidere. Resp. Possident quidem singuli, sed non in solidum, quia concursu partes faciunt. Hoc autem Prætor rectè facit in iis quos ipse possessores facit, quos ipse mittit in possessionem. At cum in interdicto. Vti possidetis inter duos incidit controuersia de possessione, Prætor hoc facere non potest, quia litigatores ad Prætores veniunt hoc animo, ut alterutrius possessio declaretur esse iusta, in eaque ab aduersario non turbetur.

Secundò obiicitur l. si duo. ff. Vti possid. vbi dicitur, duos in solidum eandem rem possidere. Resp. Duo quidem in solidum possident, sed diuerso respectu; Vnus ciuilitè & ex iusta causa; alius iniuste, puta vi, clam aut precario. Sed tamen quod ad summam, hoc est, perfectionem possessionis attinet, duo non possunt eandem rem in solidum possidere, id est, non possunt perfectè & absolutè possidere. Nam ille demum possidet, qui vacuum rei possessionem apprehendit. Itaque qui, vi clam aut precario possident, item usufructuarius, creditor qui rem pignori accepit, naturaliter quidem possident, sed tamen perfectè non possident, quia vacuum

rei

rei possessionem non apprehenderunt. *l. clam. §. ult. ff. de acq. pos. l. & habet. §. eum qui. ff. de preca. l. 1. §. per eum. ff. de acq. poss.*

Tertiò aduersatur *l. 1. ff. Vti possid.* vbi Prætor inquit, Vti possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto. Ergo videtur admittere duos in solidum possidere. Resp. Prætor ait, Vti possidetis, non quòd duo verè possideant, sed ratione controuersia tantum, quæ inter duos est de possessione. Cum enim vterque contendit se possidere, & ambo probant aliquot actus possessorios, & iudici non constat de alterutius possessione iustiori, vtpote si neuter probauit titulum vel antiquiorem possessionem, tunc iudex ita pronuntiare solet, Quia vos utrosque inuenio possidere, & neutrum altero iustiore possessore deprehendo, vnde sicut jam possidetis, ita possideatis, donec de alterius iustiore causa appareat in iudicio petitorio. Ita tradit eleganter *Zazius add. l. 3. §. ex contrario. ff. de acq. pos.* vbi notat, quòd duo possident in solidum, non vera sed apparenti possessione, vt quia vterque probat aliquot actus possessorios, vtpote si quis fundum arauit, vel coluit, si eundem alicui pro annua mercede locauit, si redditus vel pensiones fundi percepit, si tributa & collectas pro fundo persoluit, qui actus arguunt, & probant possessionem penes aliquem existentem. *l. Titia 48. ff. de solut. l. si quis conductionis 25. C. Loca. c. querelam. ex. de elect.* Similiter & per ingressum possessionis animo & intentione volentis sibi possidere, probatur acquisitio possessionis. *l. 3. in princ. ff. de acqu. pos. Gail. lib. 2. Obser. c. 52.*

Quartò opponitur *l. & habet, §. eum qui. ff. de precar.* vbi & is qui precariò dedit, & is qui precario accepit, possident. Resp. Qui precariò dedit, verè solus possidet, quia ad tempus tantum dedit, & eo animo, vt rem accipientis non faciat, sed vt in eum possessionem transferat pro tempore: quæ tamen impropria & adumbrata est possessio. Qui precariò accepit, detinere potius, quam possidere dicendus est, quia solus vsus possessionis penes eum est, jus autem apud eum qui dedit; sed dicitur possidere idèd, quia possessoris commodo fruitur, *Commanus lib. 3. Com. c. 10. num. 6.*

Quintò obstat *l. clam. §. qui ad nundinas. ff. de acq. poss.* vbi dicitur, eum qui absens fundum ingressus est, possidere clam, & absentem nihilominus possidere. Resp. Is qui clam possidet, improprie possidet: manet enim s cuius fundus clam occupatur, in possidendi voluntate: sed dicitur alter clam possidere, hoc est, detinere, sicut is qui precariò rogauit, possidere dicitur, id est, tenere & habere. Vtraque enim & clandestina & precaria possessio, non est vera possessio. Sed obstat solutioni *l. rem quæ vobis 15. ff. de acq. pos.* vbi dicitur, rem quæ nobis surrepta est, perinde intelligimur desinere possidere, atque quæ vi à nobis ablata est. Resp.

D d d

Furtum

Furtum in rebus mobilibus tantum committitur, quarum rerum possessionem amittimus, cum eas ita perdi derimus, ut nesciamus ubi sint. Eleganter *Commanus d. loco.*

ASSERTIO II.

Usucapio non pugnat cum naturali æquitate.

VIDEATUR prima facie intuenti dicendum, quod usucapio pugnet cum naturali æquitate, quia ius naturæ neminem vult locupletari cum alterius iactura. *l. nam hoc natura. ff. de cond. inde.* Sed qui rem alterius vsucapit, cum veri domini incommodo sit locupletior. Resp. Damnum quod quis sua culpa sentit, non videtur damnum sentire. *l. quod quis 203. de R.I.* Itaque non locupletatur vsucapiens cum iactura prioris domini, quia ipse sibi imputet, quod rem suam tanto tempore persequi neglexerit. Præterea introducta est usucapio in pœnam dominorum, quorum ignavia deferuntur possessiones, & prædia quasi inculta relinquuntur.

Secundò naturalis æquitas dicat, ut id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium non transferatur. *l. id quod nostrum xi. de R.I.* At usucapio vero domino aufert dominium, & sine eius voluntate vsucapienti tribuit. Resp. Licet videatur præscribens veteri domino quodammodo inuito suum auferre, tamen penitus rem intuenti apparet, præscribentem non acquirere rem præscriptam inuito veteri domino. lex enim præsumit, dominum tanto tempore tacentem, & negligentem res suas, in alienationem consentire. Qui enim patitur rem suam præscribi, censetur longa patientia illam alienare, & alienationi consentire. *l. alienationis 28. de V.S. Oldend. c. 2. de vsucap.* Ad hæc publica tranquillitas, & salus populi, quæ suprema lex esse debet, præferenda est utilitati priuatæ, cum lex superior vincere debeat inferiorem. Atqui usucapio bono publico introducta est, ne scilicet dominia rerum diu in incerto maneat, sed ut securitati possessorum consulatur. *l. i. ff. de vsuc.* Etsi enim diutissimè quis rem possederat, tamen certus de iure suo esse non poterat, quoad lex civilis per usucapionem acquisitioni dominij certum statuisset modum. Vnde dicitur, quod usucapio sit finis litium. *l. ult. ff. Pro suo.* Idem affirmat Cicero, dum scribit quod usucapio est finis sollicitudinis, & periculi litium.

Denique obijcitur *No. const. 9. §. 1.* ubi dicitur, quod præscriptio sit impium præsidium, & improba temporis allegatio. Ergo pugnat cum æquitate, quæ naturalis est. *l. i. ff. de pact.* Resp. Ibi Iustinianus illam vocat impiam

piam & improbam præscriptionem, quæ cum mala fide procedit: quando scilicet mala fide quis detinet bona ecclesiastica, talem præscriptionem lex improbat. Ergo vsucapionem, quæ bonam fidem requirit, euidenter confirmat. Ita respondet *Menoch. in arbitr. ind. quæst. lib. 1. quæst. 39.*

ASSERTIO III.

Si quis in diuerticulo fluminis publici solus pluribus annis piscatus sit, alium eodem iure uti volentem prohibere potest.

TEXTVS est in *l. si quisquam. ff. de diuer. tem. præscr.* Hoc autem ita accipiendum est, quòd hoc ius propter longam quasi possessionem præscribendo, id est, excipiendo possessori datum sit, & piscandi ius in diuerticulo fluminis, præscriptione longæ possessionis defendi possit à possidente. Nam si ipso exercitium piscandi intermittente, alius iam piscandi ius vsurpet, actio non datur ad obtinenda loca publica iure gentium. *l. ult. ff. de vsucap.* Itaque qui quæsitum semel ius piscationis longa possessione, iterum amisit non utendo, nulla actione id recuperare potest: quia postquam desinit uti, & cessat piscari in flumine, locus redit ad causam publicam, & cedit iterum occupanti sine publico incommodo. *l. quod in littore. ff. de acq. rer. dom.* Ita sensisse *Martianum in d. l. si quisquam*, probatur ex eo, quòd de littore occupato similiter respondit in *l. in tantum. ff. de rer. diuis.* ubi docet idem *Martianus*, quòd qui in littore maris ædificauit, soli dominus sit, quamdiu ædificium manet. Et è diuerso, sicut ædificio in littore posito, diruto, locus ille redit ad causam publicam; ita si desinat piscari, qui solus longo tempore in aliqua parte fluminis piscatus est, alterum eodem iure quin utatur, prohibere non potest. Hoc autem interest, quòd in littore sufficiat occupatio sine longa possessione, in fluminis diuerticulo verò, ad ius piscandi acquirendum, longa possessione opus est: flumen enim est in bonis, & publico iure populi. *l. 2. ff. Ne quid.*

Non obstat *l. ult. ff. de vsucap.* Vbi dicitur, quòd longæ possessionis præscriptio ad obtinenda loca publica non procedat. Respondetur enim, quòd ius piscandi in flumine plenè & absolutè vsucapione non acquiratur, sed tamdiu quis illud sibi tanquam proprium vsurpare & vendicare possit, quàm diu iure piscandi utitur. Si autem desinat piscari, alterum quin eodem iure utatur, prohibere non potest. Præterea requiritur præter continuum plurium annorum exercitium & vsum piscandi, ut & alios

ibi piscari volentes prohibuerit, & sic in quasi possessione huius iuris per prohibitionem longo tempore factam sit constitutus. *Iason in l. que minus. ff. de flumin.* Ratio decidendi, quod ius piscandi in flumine publico non acquiratur, nisi & alij eodem iure uti volentes ab occupante prohibeantur, hæc est, quia piscari in flumine publico, vel ire per viam publicam, sunt actus meræ facultatis, qui non possunt præscribi, nullo unquam tempore, ne quidem per mille annos. sed tum demum acquiruntur, si & alij ab eiusdem iuris usu prohibeantur, & ijdem prohibitioni acquiescant. *l. 2. ff. de via publ. & ibi Gl. & Bart. Pulchrè Grauet. de antiqu. temp. par. 4. c. 5. num. 98. Balb. in tract. de præscrip. part. 5. part. princ. qu. 1. D D. in l. qui iure familiaritatis. 41. ff. de acqu. pos. Covarru. in c. possessor. part. 2. §. 4. in 6.*

Ideoque non ex solo usu piscationis inducitur possessio alios excludens, cum piscatio res sit meræ facultatis, & vno desinente piscari, alius quo minus ibi piscetur, prohiberi nequeat; sed requiritur præterea, ut ius & possessionem prohibendi à piscatione, prior possessor & piscator longo tempore continuaverit. *Wesem. ad tit. de servit. num. 5. in parat. & ad §. flumina. Inst. de rer. diuis. Eleganter Cuiac. ad l. ult. ff. de vsucap.*

Obijcitur *Iniuriarum* 13. §. ult. ff. de iniur. ubi dicitur, teneri eum actione iniuriarum, qui prohibet aliquem piscari in mari ante suas ædes. Resp. Tunc demum tenetur iniuriarum, si prohibens non est in possessione & usu piscandi. Aliàs si longo tempore præscripsit ius piscandi, & adhuc est in exercitio piscandi, si alios prohibeat à piscatione, non tenetur iniuriarum actione.

A S S E R T I O IV.

Ius luendi pignoris præscriptione xxx. vel xl. annorum non tollitur, iuxta communem DD. opinionem.

DEBITORI perpetuò competit ius offerendi pecuniam, ut liberet pignus, nec ei obijci potest præscriptio xxx. annorum: semper enim iustum & æquum est, soluta pecunia pignus debitori restitui. Probatur hæc decisio tribus firmissimis rationibus & argumentis: Primò quia ad præscriptionem iustus titulus & bona fides requiritur. *l. nullo. C. de rei vend. l. vnic. C. de vsuca. transfor.* sed creditor titulum iustum vel habilem ad vsucapiendum non habet. Deinde & possidentis pignus nulla potest esse bona fides; quia creditor scit se rem alienam possidere. Igitur cum credito-

itor pignus non præscribat, ius offerendi ad liberandum pignus perpetuò debitori competit.

Secundò qui alieno nomine possidet, non præscribit. *l. male agitur. C. de præsc. 30. an. l. 1. C. Com. de vsucap.* Ad præscriptionem enim requiritur, ut ro domino quis possideat, ut sibi non alij possideat. Sed creditor pro alieno possidet, non autem pro suo, ideoque non potest præscribere. *l. pignori 13. ff. de vsucap.*

Tertiò actio non potest tolli præscriptione, antequam nata sit, sed pignoratitia actio non nascitur tempore contractus aut conventionis de ignore constituendo; verum tum demum, cum debitor pignus repignoravit, id est, creditori solvit aut satisfecit, & ita pignus recipit. *l. si rem. §. unis ff. de pig. act.* Igitur non prius præscribet creditor pignoratitiæ actioni, nisi postquam iam nata est, hoc est, ubi debitor solvit, aut satisfecit.

Obijciuntur huic enuntiatio tria argumenta. Primum est ex *l. cum notissim. §. eodem. C. de præsc. 30. an.* ubi statuitur, quòd iuri offerendi longissimo tempore præscribatur. Sed ille §. nihil aduersatur, quia hoc tantum dicit, quod hypothecaria actio, quam posterior creditor contra priorem habet, longissimi temporis præscriptione tollatur: non autem tradit, quòd ius liberandi pignoris competens debitori præscriptione extinguatur. Ius offerendi competit etiam creditori pignoratitio. Sic ius offerendi datur creditori posteriori, volenti in ius prioris creditoris succedere, ut scilicet tertius creditor offerat primo creditori, quod ei debetur, atque ita in locum eius succedat, & præferatur secundo creditori. *l. 1. & 5. C. Qui po. pig. l. potior x1. §. ult. ff. eod.* Hoc ius offerendi competens posteriori creditori, longissimi temporis præscriptione tollitur. *d. §. eodem. Pacius ad 10. nu. 26. C. de pig. act.*

Secundò opponitur *l. nec creditores. & l. ult. C. de pig. act.* Verum istæ leges nihil obstant; quia loquuntur de nata iam pignoratitia actione: quam legant tolli longo tempore, ubi rectè eam longissimi temporis præscriptione consumi Ioannes affirmat. Verior itaque hæc est sententia, quòd ius luendi pignoris xxx. vel xl. annorum præscriptione non tollatur, quam fortiter defendit Rogerius in dialogo de præscriptione, contra *ulgarum & Accursium*, qui iuri offerendi putant præscribi xxx. annis. Eruditè Cuiac. ad *l. pignori. ff. de vsucap.*

Tertiò obijcitur, quòd debitor potuisset intra xxx. annos pignus luere, & sic pignoratitiam actionem sibi gignere. Hoc ergo cum non fecit, tum facillè facere potuerit, meritò ipsi præscriptio obstabit. Qui enim potest facere, ut possit parere conditioni, iam posse videtur: *l. qui potest 174. R. I. Resp.* Non valet consequentia, ut ex simili colligi potest. Nam &

Ddd 3

filiusfam,

filiusfam. facile impetrare potest à patre, vt sibi agendi potestatem faciat de bonis aduentitijs, & tamen si filiusfam. hoc non fecerit, non propterea obstat ei agere volenti præscriptio: *l. vnic §. fi. C. de anna. excep.* Ergo multò minus debet obstat debitori, quòd intra xxx. annos pecuniam non soluerit, cùm paratior plerunque sit agendi quàm soluendi facultas. Illud postremò adijciendum, quòd consuetudine Germaniæ præscriptione centenaria, ius luendi, quod procedit ex pacto retrouenditionis, extinguatur; sed ius luendi pignoris, quod competit debitori, semper durat, nec præscribitur vllò vnquam tempore. Ita seruatur passim in Germania, & iuxta hanc opinionem in Camera imperij iudicatur. *Wesem cent. 1. conf. 2. & 8. Mins. cent. 1. Obs. 16. & cent. 4. Obs. 4. Gail. lib. 2. Obs. c. 18. Borcholt in tract. de vsur. c. 7. Pacius ad d. l. 10. nu. 28. C. de pig. act.* vbi notat hanc esse communem DD. opinionem, quod ius luendi pignoris 30. annorum præscriptione non tollatur, licet contrariam sententiam confirmaverit *Senatus Parisiensis* teste *Andrea Tiraquello in tractatu de retractatu conuentionali nu. 26.* Quem sequitur & probat *Contius ad l. 4. C. de presc. 30. an.* vbi notat moribus totius Galliæ receptum esse, vt ius luendi, offerendi & redimendi pignoris præscriptione 40. annorum tollatur.

A S S E R T I O V.

Qui xxx. annis pensiones annuas non soluit, liberatur à præstatione præteritarum, non futurarum pensionum.

IL L V S T R I S & in iudicijs admodum frequentata est quæstio, quomodo annuæ pensiones præscribantur: in qua tres præcipuæ & diuersæ interpretum opiniones reperiuntur, quas recenset *gl. in l. cùm notissimi. §. in ijs. C. de presc. xxx. an.* Prima fuit Bulgari & Rogerij, qui putarunt in annuis præstationibus xxx. annorum spacio ius exigendi in totum tolli, quos sequuntur *Accur. Bart. Ias. & alij. Massue. in pract. tit. de prescript.*

Secunda fuit opinio *Martini, in d. §. In ijs*, putantis singulorum annorum singulas esse præscriptiones, atque ita tam ex contractibus, quàm legatis, præscribi xxx. annorum spacio præterlapsas, non etiam futuras pensiones: quem sequuntur *Pet. de beba Pertica. Cynus, Salicet. & Fulgos.*

Tertia fuit sententia Ioannis distinguentis annuas præstationes ex contractibus, ab ijs quæ ex legatis descendunt; in legatis, xxx. annorum spacio præteritas tantum pensiones præscribi, in contractibus verò vnâ tantum

antum præscriptionem sufficere, etiam quoad futuras pensiones. Quam opinionem sequuntur *Azo & Balbus de præscrip. 4. par. 4. princ. in 4. quest. princ.* in hac opinionum diuersitate videtur probabilior Martini opinio, videlicet, quod præscriptione xxx. annorum, pensiones præteritæ non futuræ præscribantur.

Confirmatur hæc sententia tribus potissimum argumentis. Primò *per si vsufructus. ff. Qu. mo. vsuf. am.* vbi dicitur, si alternis annis relictus sit vsufructus, quod huiusmodi legatum annuum non vtendo non amittatur: quia quilibet annus suum incipit vsufructum, & in legatis annuis ut sunt legata, quot anni, & sic totidem actiones & præscriptiones: nec sufficit vnica præscriptio pro omnibus annis. Hæc est communis & recentior DD. opinio, vt notat *Guido Papa quest. 406. in decis. Gratianep.* & ideo iudicando est sequenda.

Secundò probatur hæc opinio *per tex. in d. l. cum notissimi. §. fin.* vbi dicitur, in annuis præstationibus computari præscriptionem ab initio cuiusque anni. Deinde text. ibi æquiparat debita ex vltima voluntate & contractibus: itaque cum singulorum annorum sit vna & separata præscriptio, non potest vnica præscriptio pro futuris pensionibus sufficere. Et ec sententia, quod scilicet præscriptio annuarum pensionum ad futuras pensiones non extendatur, in Camera Imperij obseruatur, vnde ab ea recedere in foro non est tutum. Ita notat *Mins. cent. 3. Obs. 13.*

Tertiò confirmat hanc sententiam, quod tam in contractibus, quam iuris voluntatibus, pro sequentibus annis, in annuis debitis est obligatio in diem vel sub conditione. *l. si Stichum 16. §. 1. de ver. obl. l. 1. C. Quan. di.* vbi dicitur, quod in annuis legatis ab initio cuiusque anni competit primum exigendi facultas. Ergo pro annis sequentibus, ante diem obligationis non incipit currere præscriptio: quia quod nondum existit, sed certa conditione suspensum hæret, præscribi non potest: & actori non obstat præscriptio, nisi ab eo tempore quo agere potuit, & debitorem soluendum compellere. *l. filiusfam. 11. ff. de tute. & rat. distr. d. l. cum notissimi. l. 1. in fi. C. de anna. excep.*

Ad l. Eos. C. de vsur. qua traditur debitorem xxx. annorum præscriptione à sorte liberatum, ab vsuris quoque liberari; responderetur, quod illa vsuris, fructibus, & reliquis accessionibus loquatur, hæc autem in sorte & principali debito vera sunt. Cum enim obligatio vsurarum sit accessoria seu sequela sortis siue principalis obligationis, sequitur quod extincta principali obligatione sortis per præscriptionem xxx. annorum, extinguatur quoque obligatio accessoria vsurarum. *l. cum principalis 178 ff. de R. I. Distinctum* obtinet in redditibus annuis intra xxx. annos non solutis: tunc enim

enim præteriti tantum temporis reditus, quorum respectu xxx. anni præterlapſi sunt, peti & exigi non possunt: sed sequentium annorum reditus rectè petuntur: cum isti annui reditus tanquam principale debitum per se subsistant. *Costalius ad d. l. si usufructus. Borcholt. de usur. c. 4. num. 38. 39. & 40.*

ASSERTIO VI.

Personales actiones amittuntur xxx. annis, licet præscribens careat bona fide.

HÆc propositio iure ciuili est indistinctè vera, vt aliquis sit litium finis, & ne in incerto maneant rerum dominia. *Wesem. ad tit. Si usufr. pet.* Imò & iure Canonico hoc verius & probabilius esse defendit *Costal. ad l. 6. ff. de seru. urb. pred.* Ratio est, quia ad præscriptionem actionum personalium non dispicitur factum possidentis, sed negligentia non vtentis seu agere cessantis sufficit: & præscriptiones longissimi temporis non respectu possidentium, neque considerato vtum bonæ vel malæ fidei sint, sed in odium tantum agere negligentium sunt introductæ. *l. ult. C. de anna. exc.* Probat hoc *Bart. quoque in l. 4. §. si viam. ff. de vsucap.*

Obijcitur, quòd iure Canonico malæ fidei possessor nunquam præscribat. Resp. Hoc intellectum & rationem habet, in casibus, in quibus possessio & vsus præscribentis requiritur, non autem in ijs actionibus, quæ sola negligentia non vtentis amittuntur. Probatur hoc exemplo seruitutum. In præscribenda libertate seruitutum vrbaniarum opus est facto præscribentis: vt puta qui debet vicini prædio seruitutem tigni immittendi, non aliter libertatem seruitutis præscribit, quàm si vicinus non habeat tignum immisſum: & præterea requiritur, vt foramen in quod vicini tignum immitti solet, à domino prædij seruientis sit obstructum. *l. hac autem 6. ff. de seru. urb. pred. l. etsi fortè. §. 1. ff. Si ser. vend.* Non amittuntur vrbaniæ seruitutes non vtendo, sed præterea facto eius opus est, qui seruit. Itaque tum demum amittuntur, cum is qui seruitutem debet, aliquid contra seruitutem agendo, prædij sui libertatem vsucepit. *l. si quis alia. §. vlt. ff. Quem. seru. amitt.* Igitur quia vsus & factum possidentis necessariò requiritur, debet habere præscribens bonam fidem, & existimare se suo iure vti. *l. si ades 1. ff. de seru. urb. pred. l. 1. C. de seru. & aqu. l. si quis diuturno. ff. Si seru. vend.* Contrà ad præscribendam libertatem à seruitute rustica satis est amittentem non vti, licet alter nihil faciat. Itaque quia per solam non vtentis

utentis negligentiam rusticæ seruitutes amittuntur, ideo nec præscribentis bona fides requiritur. Quamobrem licet is cuius fundus debet seruitutem, dominum viæ vi expulerit, nihilominus longo tempore viam præscribet *l. 4. §. si viam. ff. de vsucap.* Vnde rectè colligitur, quòd in præscriptione actionum personalium mala fides non attendatur, eò quòd in præscriptione illarum nullum interueniat factum possidentis, sed tantum negligentia non utentis vel non agentis inspiciatur. *Costal. d. loco.* Illud postremò notandum, quod licet præscriptio xxx. annorum in actionibus personalibus bonam fidem non requirar, tamen contra hanc præscriptionem datur restitutio in integrum ex capite ignorantia, ijs qui ius suum ignorantes sibi præscribi fuerunt: intra quadriennium à tempore scientiæ computandum. *gl. in l. sicut. verb. militia. C. de præsc. 30. an. & in d. §. si viam. quod comprobatur Wesem. cons. 5.*

ASSERTIO VII.

Mala fides superueniens post impletam præscriptionem, non interruptit eam.

VERVS est quæstio, An si mala fides post completam præscriptionem superueniat, debeat res præscripta restitui. Et verior est sententia, quod possit res præscripta retineri. Ita decidit *Gl. in c. vigilant. ex. de præscrip.* Et hanc sententiam communis DD. schola amplectitur, attestantibus *Panor. in d. c. vigilant. Ioan. Andr. Alberico & Dyno. in c. possessor. de reg. iur. in 6. Balb. de præscript. in 3. part. princ. 2. part. quæst. 7.* Ratio est, quia legis auctoritate iam in eum translatus est dominium, & iustè possidet, qui legis auctoritate possidet. *l. iustè. ff. de acq. pos.* Confirmatur & hæc thesis hæc euidenti ratione, quia non potest dici in mala fide esse, cui superuenit scientia rei alienæ, completa iam præscriptione. Nam mala fides est scientia rei alienæ, sed res præscripta non potest dici aliena, postquam est præscripta, sed censetur propria præscribentis. Tertio confirmatur ista assertio tali ratione, quod lex vel Princeps ex iusta causa potest dominium auferre vni, & tribuere alteri, *l. Lucius x1. ff. de euict. l. item verberatum xv. §. 1. ff. de rei vend.* Si ergo Princeps domino inuito & non consentiente potest dominium rei suæ alicui ex legitima causa auferre; ergo cum similiter lex vel Princeps adijcit præscribenti dominium, non tenetur is qui legis auctoritate præscripsit, rem vsucaptam restituere, quia non detinet alienum, sed quod auctoritate legis suum factum est. Non enim potest dici alienum,

Ecc

num,

num, quod iure & ex ordinatione legis possidetur. *c. quid dicam 14. q. 4.* Lex nanque magis nostrarum rerum domina censetur, quam nos ipsi, vel ulli priuati domini, cum lex sit omnium rerum domina & regina. *l. 2. ff. de legib.* Confirmat hanc decisionem *Fachin. libr. 1. contro. iur. c. 64.* Vide *Francis. Sarmien. libro 2. Selectar. interpretat. cap. 10. Vasquian in illi ff. controvers. par. 1. lib. 2. c. 74.* ubi dicit & refert hanc esse communem opinionem Canonistarum & Legistarum.

ASSERTIO VIII.

In vsucapionibus dies cæptus pro completo habetur.

VLPIANVS in *l. 6. ff. de vsucap.* ita respondit: In vsucapionibus non à momento ad momentum, sed postremum totum diem computamus. Quibus verbis hoc significat I C. non computare nos in vsucapionibus tempus ab hora ad horam, ut necesse sit, qua hora quis cæpit possidere & vsucapere, in eandem horam desinere ultimi anni diem, quo finiatur vsucapio, sed computare totum diem postremum: ut scilicet cum ad eum diem peruentum sit, quamuis cæptus tantum sit, non finitus, nihilominus completum censeatur vsucapiendi tempus. *l. penult. ff. de diuer. temp. præscr.*

Sed obstat huic sententiæ *l. in omnibus 6. ff. de obl. & act.* ubi sic statuitur: In omnibus actionibus temporalibus, nisi nouissimus dies totus compleatur, non finitur obligatio. Ergo actio in rem prioris domini non finietur quoque per vsucapionem, nisi nouissimo vsucapionis die completo. Resp. Istius legis definitio tantum de actionibus in personam scripta extat, & ad actiones in rem, quæ vsucapione perimuntur, nulla ratione pertinet. Quod verba legis euidenter demonstrant: nam lex ait finiri obligationem: atqui solæ actiones personales nascuntur ex obligatione, actio in rem minime. *§. 1. Instit. de actio.*

Sed quaeritur ratio diuersitatis, cur actiones personales non finiantur nisi nouissimo die completo, actio verò in rem finiatur simul atque vsucapio ad nouissimum diem postremi anni peruenit, etiamsi is dies nondum sit finitus. Dicendum, in vsucapione id receptum esse fauore bonæ fidei possessoris, ut qui ultimum diem triennij attigerit, vsucepisse dicatur. E contra in præscriptione actionum personalium idcirco dies de momento ad momentum computantur, quia ibi tantum attenditur negligentia creditoris

creditoris cessantis actionem exercere, non fauor possidentis. Ideoque quia istæ præscriptiones actionum personalium sunt odiosæ, strictius sunt interpretandæ.

ASSERTIO IX.

Pignus à debitore creditori surreptum vsucapi potest, hypotheca non item.

DOCEAT IC. Paulus in l. 4. §. si rem. ff. de vsucap. quòd si debitor creditori rem pignori datam surripuerit, & vendiderit, nihilominus eam vsucapi posse. Concordat l. si rem 5. ff. Pro empt. Sed contrarius sibi ipsi est Paulus in l. vlt. ff. de vsucap. & cum illa lege congruit l. 6. C. de vsucap. pro empt. vbi deciditur, quòd ad hoc vt pignus à debitore creditori surreptum, & alteri distractum vsucapi possit, requiritur, vt prius peruenerit in potestatem creditoris.

In hac antinomia concilianda seruanda mihi videtur distinctio Cuiacij, tradita in d. §. si rem. quæ ita habet: Aut debitor creditori detinenti pignus surripuit & vendidit, & eo casu pignus ab emptore vsucapi potest. Ratio est, quia postquam furtum factum est, res redijt in potestatem debitoris, atque sic furti vitium purgatum est; & ita accipienda est. d. l. 4. §. si rem. & d. l. si rem. Aut debitor pignus quod à creditore non tenebatur, alij vendidit & tradidit; & hoc modo si furtum factum sit, res vsucapi non potest. Ratio diuersitatis est, quia postquam furtum factum est, res non redijt in potestatem debitoris, sed antè, vt non sit purgatum vitium; atque ita res quasi furtiua vsucapi non potest. Et hoc modo intelligi debet d. l. vlt. & l. 6. C. de vsucap. pro empt. Castrensis conciliat hæc leges hac distinctione. Aut per extraneum res pignori data surripitur, & tunc non vsucapitur, nisi perueniat in potestatem domini. Aut per ipsum dominum seu debitorem surripitur, & tunc non efficitur furtiua, ideoque nec opus est vt redeat in potestatem domini: quia satis censetur reuerla, ex quo apud eum fuit. Ita accipienda est d. l. 4. §. si rem. Quod tamen ita procedit, vt respectu veri domini possit vsucapi, & contra ipsum dominum. Sed quantum ad hoc, vt possit vsucapi contra creditorem, & quoad ius hypothecæ, requiritur, vt reuertatur in potestatem creditoris, cui surrepta est res pignori data, & aliter non præscribitur. Ita intelligenda est l. vlt. ff. de vsucap. Ita notat Castren. abbreviator Bartoli ad l. 4. §. quod autem. num. 4 ff. de vsucap.

ASSERTIO X.

Res emptā à furioso bona fide, vsucapi potest.

QUī ignorans rem emit à furioso, cū putaret eum sanæ mentis esse, possideret & vsucapit pro emptore. *l. pignori 13. §. 1. ff. de vsucap.* Quæstionem mouebat, quod vsucapio sine titulo non procedit: sed hīc nulla censetur esse emptio, quia furiosi consentire non possunt: attamen utilitatis causa hoc receptum esse, ut procedat vsucapio, tradit Paulus in *l. 2. §. si à furioso. ff. Pro empt.*

Sed hīc magna occurrit antinomia. nam in *d. §. si à furioso*, traditur, quod ei qui ignorans emit à furioso, non competat Publiciana. Contrarium apertè deceditur in *l. 7. §. Marcellus. ff. de Publ. act.* dum inquit *Vlpianus*, eum qui ignorans emit à furioso, posse vsucapere & proinde ei Publiciana actio competat. Resp. Stricto & summo iure nec Publiciana nec vsucapio competit ei, qui emit ignorans à furioso: quia cū nulla sit emptio, si merum ius spectemus, quæ contrahitur cum furioso, nec competit Publiciana, nec vsucapio procedit. Sed tamen utilitatis causa, id est, ex æquitate contra ius strictum hoc receptum est, ut sit locus vsucapioni, & competat Publiciana: nam emptio quæ mero iure non valet, æquitatis causa consistere intelligitur. *Duare. ad tit. de vsucap. c. 2. Faber lib. 1. coniect. c. 18. Alter Cuiat. ad d. l. 2. §. si à furioso. & lib. 16. Obser. c. 29.* ubi notat hæc verba, posita in *d. §. si à furioso*, Nec Publiciana competit, nec accessio possessionis, esse spuria, & supposititia, propter *d. l. 7. §. Marcellus. ff. de publ. in rem act.* Idque ex Græco interprete *Constantino Harmenopulo* confirmat, quia verba, Nec Publiciana competit, tanquam superflua reiicit, & non agnoscit, tanquam à iure civili abhorrentia. Nam si hoc casu, cum quis à furioso bona fide rem emit, procedit vsucapio, etiam Publiciana actio locum habet, cum hæc necessariò inter se sint consequentia, ut si vsucapio procedat, etiam Publiciana actio competat. *arg. l. 1. ff. de publ. in rem act.* Vide aliter has Leges conciliantem *Ioan. Robert. libro 2. recept. sentent. c. 10.* cui tamen respondet *Anto. Mercator lib. 2. Notar. c. 27.*

ASSER-

ASSERTIO XI.

Usucapione pignus non extinguitur.

QUOD vsucapione non extingatur ius pignoris, disertè affirmatur in l. 7. C. de pigno. vbi Imp. Gordianus rescribit, quod vsucapio conuentionem pignoris non extinguit. & in l. iusto 44. §. non mutat. ff. de vsucap. Exempli gratia. Fundus quidam à debitore pignori obligatus erat: alius quidam extraneus eum à non domino bona fide emit, eumque decem annis possedit & vsucepit. Quæritur an ius pignoris vsucaptum sit? Et deciditur, quod ius pignoris vsucapione non extingatur. Licet enim possessor contra dominum & debitorem acquisiuit dominium vsucapione; tamen nihilominus creditori salua manet persecutio pignoris aduersus hunc, qui vsucepit dominium pignoris. Ratio decidendi redditur in d. §. non mutat. quia pignoris persecutio nulla societate cum dominio iungitur; id est, non sic pignus iungitur dominio, vt necesse sit eum qui dominus sit, ius pignoris in eadem re habere. Imo horum contraria inter se est natura. Qui enim dominus est, ius pignoris in eadem re habere non potest, cum pignus rei suæ non consistat. l. neque pignus 45. ff. de R.I. Ideoque quæ ratione fit, vt debitor amiserit dominium vsucapione, eadem fit in contrarium, ne creditor eiusdem rei pignus amittat.

Obiicitur l. 1. & 2. C. Si aduer. cred. præscrip. oppo. vbi dicitur, creditori pignus suum persequenti obstare præscriptionem longi temporis. Resp. Quod dicitur vsucapione pignus non extinguì, hoc ita intelligendum est, quod solius debitoris silentium, quo ipse passus est rem suam vsucapi, creditori non noceat ad pignus extinguendum. Licet enim debitor, qui siluit longo tempore, cum res sua vsucaperetur, amittat rei suæ dominium, tamen hoc factum non nocet creditori, dummodo creditor non cessauit longo tempore pignus persequi. Caterùm si creditor etiam per decem vel viginti annos cessauit in persecutione pignoris, præscriptio longi temporis pignus ei postea persequenti obstabit. Quod ergo dicitur in d. l. 1. & 2. creditori obstare præscriptionem longi temporis in persecutione pignoris, hoc intelligendum est non de longo silentio debitoris sed creditoris, quod scilicet præscriptione longi temporis actio hypothecaria extingatur, si creditor x. vel xx. annis, ex quo res sibi pignori obligata est, cessauit ius suum persequi. Donel. lib. 5. com. c. 29. & ad d. l. 7. C. de pigno. Aliam solutionem vide in operibus postumis apud Cuiarium, in comment. ad librum 4. Cod. ad tit. de oblig. & act. ad l. 6. & 7. qui tradit, l. 7. dum dicit, vsucapione pignus

E c c 3

non

non exingui, accipiendam esse secundum ius vetus, quo anno, vel biennio res usucapiebantur. At cum hodie ex constitutione Justiniani rerum immobilium dominium longo tempore per usucapionem acquiratur, *l. unic. C. de usucap. transfor.* constitutam etiam est, ut hypotheca eodem modo etiam præscriptione x. vel xx. annorum finiatur.

ASSERTIO XII.

Sine possessione, eaque continua, non procedit usucapio.

COMPROBATVR hæc assertio aperte in *l. sine 25. ff. de usucap.* Cui concordat *c. sine. de R. l. in. 6.* Ratio assertionis est, quia causa usucapionis est possessio, cum usucapio nihil aliud sit quam capio, id est, acquisitio per usum, id est, possessionem. *l. questio 115. ff. de R. S. l. 3 ff. de usucap.* Vnde nisi integra & continua sit causa, effectus perfici non potest.

Obiicitur primò, quòd hereditas iacens, hoc est, quæ nondum est adita, non possidet, quia non habet animum, per quem ciuilitèr possidetur, & factorum est incapax. *l. 1. §. Scauola. ff. Si quis test. lib. esse ius.* & tamen coeptam à defuncto usucapionem complet: *l. coeptam. 40. l. iusto 44. §. nondum. ff. de usucap.* Resp. Hoc singulari iure & utilitatis causa receptum est, quòd scilicet hereditas iacens tantisper defuncti personam sustinet, *l. hereditas 34. ff. de acq. re. do.* fingiturque hereditas eo respectu qualem qualem possessionem non verè, sed iuris interpretatione, & fictione habere, ac proinde inchoata à defuncto usucapio poterit iacente hereditate compleri, modò non fuerit possessio medio tempore ab alio occupata. *l. possessio. 20. ff. de usucap.*

Secundò aduersatur quod Labeo respondit in *l. rerum 30. §. Labeo. ff. de usucap.* si is cui ad usucapionem columnarum vel regularum x. dies superessent, eas in ædificium contulit, cum nihilominus usucapturum, licet paucissimis istis diebus ceciderit possessor à possessione. Resp. Non omnino fuit ibi amissa possessio: nam qui tignum ædibus suis iungit, quodammodo possidet, non quidem distinctè & seorsim, sed confusè & vniuersaliter ratione totius, quod utique possidetur.

ASSER-

ASSERTIO XIII.

*Minimè probandum est quod Innocent. III. Pont. rescripsit,
Ordinarium debere iudicis delegati sententiam exequi,
etiamsi sciat illam esse iniustam.*

EX T A T hoc rescriptum in c. pastoralis. §. quia verò. de off. de leg. Vbi Pont. Innocentius III. episcopo Helienſi in hæc verba rescribit. Attendentes itaque, quod non cognitio, sed executio demandatur iudici Ordinario, respondemus, quod cum ordinarius teneatur obsequi delegato, etiamsi sciat sententiam illam iniustam, exequi nihilominus tenetur eandem, nisi apud eum efficere possit, ut ab hoc onere ipsum absolvat. Idem probatur in c. significasti. de off. de leg. Nos solidis rationibus & argumentis defendemus, Ordinarium non teneri exequi sententiam iniquam iudicis delegati, sed potius ei resistere posse. Primò iudex est D E I minister in terris, & eius iudicium censetur prodire de vultu D E I. c. ut nostrum. de appel. Ergo tamdiu delegatus est minister D E I, quàm diu iustitiam exercet, defendit, & tuetur. Hinc præcipitur iudici, ut iustitiam & iudicium faciat, & liberet vi oppressum de manu calumniantis. Ierem. 22. vers. 3. Quando ergo iudex iniuste agit, facit ut priuatus, & potest ei resisti, sicut cuilibet priuato violenter iniuriam inferenti. per rotandum tex. in l. devotum C. de metat. & epidemet. lib. 12. Maran. diff. 1. num. 17.

Secundò pro hac sententia facit §. deinde. No. de manda. princ. vbi mandat Imp. Iustinia iudicibus, ne permittant Principis officiales ex aula venientes subditos lædere, vel aliquid iniuste exequi, sed eos puniant, si quid tale fecerint.

Tertiò quando magistratus aliquid exequitur contra ius, potest ei violenter resisti etiam à priuato. l. prohibitum 5. l. defensionis 7. C. de iur. fis. lib. 10. l. omnes. C. de decu. lib. 10. l. his quidem. C. Qui milit. pos. lib. 12. l. devotum. C. de metat. lib. 12. l. quoniam 21. de appel. in quibus legibus unanimiter statuitur, quod quando iudex procedit de facto extraiudicialiter contra ius, tunc cuilibet etiam priuato licet ei resistere.

Quartò & ultimò quando magistratus facit aliquam executionem iniustam & à iure prohibitam, dicitur violentiam inferre, l. plerique. 18. ff. de iniur. voc. Unde eodem modo dicendum est in casu proposito, quòd iudex iniuste exequens vim inferat, & meritò sibi possit violenter resisti. Confirmatur etiam hæc sententia per c. conquerente. ex. de rest. spo. vbi dicitur, si iudex

iudex privet aliquem sua possessione iniuste, dicitur committere spoliū, sicut privatus, & ita tenetur. Ad quod facit *tex. in l. ult. C. si per vim vel al. modo.* ubi dicitur, quod ne quidem auctoritate rescripti Principis debet quis possessione sua sine causæ cognitione privari.

Non obstat, quod delegatus Principis in causa sibi commissa dicatur maior quocunque ordinario iudice, *c. sanè quia. de off. deleg.* Inferior autem iudex non potest cognoscere de viribus sententiæ superioris, quia intelligitur maior solum respectu negotij sibi commissi: sed per Principem censetur commissum, ut iustitiam faciat. *c. cum aterni. de re. iud. in 6.* Unde quoties contra leges iudicat, toties licet ei potest resisti, quia facit & procedit extra commissionem suam, & censetur ut quilibet privatus.

Secundò non obstat *l. adversus. C. si adu. rem iud.* quæ soli Principi defert potestatem sententias sui delegati infringendi: quia ibi loquitur Imp. de restitutione in integrum, quæ indicat sententiam valere: nam si esset sententia ipso iure nulla, non opus esset restitutionem in integrum petere. *toro tit. C. in qu. cau. in integ. rest. non est neces.* Unde iudex ordinarius non potest rescindere sententiam delegati à Principe, quæ valet summo iure, sed solus Princeps audiendus est, nisi contineret manifestam iniquitatem: vel vult exequi in casu sibi non commissio, quibus casibus posset etiam resisti delegato Principis per iudicem ordinarium. *Maran. d. disput. 1. num. 41.*

Ultimò non obstat, quod dicitur in *l. 1. §. idem Pomponius ff. Quod fal. tut. auct.* quod auctoritas prætoris, seu iudicis faciat licitum, quod aliàs erat illicitum. Quia hoc verum est, quando interponitur iudicis auctoritas secundum ius, & iuris ordine servato: aliàs nihil operatur factum iudicis. *Maran. d. loco. num. ult.*

ASSERTIO XIV.

Sententia ex falsis instrumentis vel testibus lata, non est ipso iure nulla, sed ope restitutionis in integrum rescinditur.

CUM sententia ex falsis instrumentis vel testibus est pronuntiata, illud refert, utrum contra absentem, an contra presentem sit prolata. Priore enim casu sententia ipso iure nulla est, *l. si prator. vers. Marcellus. ff. de iudic. l. si quis. 29. ff. ad l. Corn. de fals.* Si quis (ait) obrepserit Præfidi

Præfidi prouinciæ, tam per acta, quàm libelli interpellationem, nihil agit. Quibus verbis significatur, sententiam ipso iure nullam esse. Posteriore verò casu sententia ex falsa suggestione vel falsis probationibus contra præsentem lata, remedio restitutionis in integrum rescinditur. *l. Diuus. 33. ff. de re iud. fac. huc l. 1. C. 3. Si ex fals. instr. iud. sit.*

Obijcitur *l. qui agnitis. 11. ff. de excep. vbi* deciditur ex sententia, lata ex falsis instrumentis, non competere rei iudicatæ exceptionem. Vnde colligitur, talem sententiam ipso iure nullam & inuolidam esse. Resp. Hoc tum demum verum est, si detecta prius falsitate per restitutionem in integrum, sententia ex falsis probationibus lata fuerit rescissa. Quæ responsio probatur ex *d. l. qui agnitis.* vbi cum *Modestinus* scribit nullam competere exceptionem rei iudicatæ ex sententia lata ex falsis instrumentis, subiungit rationem, quia principalibus constitutionibus definitum est, sententiam ex falsis instrumentis latam retractari. Itaque dum refert *scilicet I. C.* ad principalem constitutionem, quæ extrat in *d. l. Diuus*, eaque restitutionem in integrum requirit, vt sententia ex falsis probationibus lata rescindatur, debet quoque *d. l. qui agnitis*, ex *d. l. Diuus*, declarari, cum eius constitutio à *Modestino* in *d. l. qui agnitis*, referatur. Hanc solutionem probat & tuetur *Menoc. in arbitr. iud. lib. 2. cent. 1. casu 15.* Porro hæc doctrina limitatur in sententia lata contra minorem 25. annis ex falsis allegationibus, hic enim ipso iure absque restitutione in integrum, sola falsitate detecta, sententiam nullam dicere potest, propter fauorem ætatis: *l. 1. C. Si tur. vel cura. ex fals. alleg.* Ita communiter tradunt *DD. in d. l. Diuus.* Dissentit *Zazius l. 1. sing. intellect. c. 13.* qui tradit sententiam ex falsis instrumentis latam ipso iure, sine restitutione in integrum retractari. Quem sequitur & approbat *Petrus Grangianus in paradoxis iuris civilis c. 27.* Postremò notandum, quod etiam illud singulare est, quod sententia lata contra fiscum ex falsis instrumentis, ipso iure nulla est, per *l. vnic. C. de sent. aduer. fisc. lat. lib. 10.* Idem confirmat *Socin. in fallent. reg. 459.*

ASSERTIO XV.

Sententia nec pro furioso, nec contra furiosum dicta valet.

QUÆRITVR, an valeat sententia pro furioso dicta. Et quidem certum est, sententiam contra furiosum latam non valere, quia sententia contra absentem dicta non valet. *l. de vnoquoque 47. ff. de re iud. l. 4.*
 Fff C. Quom.

C. Quom. & quan. iud. Atqui furiosi pro absentibus habentur, quia etsi corpore sint præsentes, animo tamen absunt. *l. 2. §. penul. ff. de iur. codicil. l. vbi non voce 124. ff. de R.I.*

Sed dubitatur, an sententia pro furioso dicta valeat? Et ait *Julianus in l. 9. ff. de re iud.* ne quidem furioso dictam sententiam valere. Ratio decidendi est, quod solennis ordo iudiciorum, qui dicat, ut coram ambobus litigatoribus sententia feratur, seruandus est. *l. prolatam. C. de senten.* Accedit & hæc ratio, quod furiosus contrahere non potest, nec ex consensu obligari, ergo nec quasi contrahere. *l. in negotijs 5. de R.I. l. qui ad certum 14. ff. loca.* Atqui per sententiam quasi contrahitur. *l. 3. §. idem scribit, ff. de pecul.* Quando enim partes acquiescunt sententiæ, tunc perinde est, ac si ita contraxissent. Præsente tamen curatore rectè pro furioso contrahitur sententia. *l. sed & interpellatur 49. ff. de rec. arb.*

Duo opponuntur huic decisioni. Primum est, quod sententia pro minore xxv. annis absente & indefenso lata valet. *l. non eo minus 14. C. de procur.* Ergo idem in furioso dicendum videtur, quia furiosus comparatur minori, *l. Fulcinus. §. planè. ff. Ex qu. cau. in poss.* Resp. Idè valet pro minore lata sententia, quia habet intellectum, & sic est capax huius quasi contractus: quod in furioso dici non potest, qui omni caret intellectu. *Bart. in d. l. furioso.*

Secundò opponitur *l. si à furioso 23. de obl. & act. & l. si à furioso 23. de reb. cred.* vbi furioso actio mutui acquiritur, si alius eius nomine mutuam pecuniam dederit. Vnde idem dicendum videtur in sententia, quia iudicio quasi contrahitur. Resp. Hoc singulare est in mutuo, ut furioso acquiratur obligatio mutui, sicut ex eadem causa absenti quoque & ignorantia acquiritur, quia magis ex interuentu rei seu numeratione pecuniæ, quàm ex consensu hæc nascitur obligatio. *Zaccius ad d. l. 9.*

A S S E R T I O X V I.

*Iudex iuxta litigatorum conventionem
sententiam ferre debet.*

TRADITVR hæc assertio in *l. si conuenerit 26. ff. de re iud.* vbi *Vlpianus* scribit, si conuenerit inter litigatores quid pronuntietur, non abs re erit iudicem huiusmodi sententiam proferre. Cùm enim pertineat ad iudicis officium, lites diminuere, & finem illis quàm celerimè imponere, *l. quidam. ff. Si cer. per.* acquissimum est iudicem voluntatem litigatorum

gatorum sequi in ferenda sententia. Exemplum peti potest ex *l. iudicem. 22. ff. Com. diuid.* vbi dicitur, iudicem in prædijs diuidendis, quod omnibus utilissimum est, vel quod malint litigantes, sequi conuenit. Licet enim regulariter res omnes veniant in iudicium communi diuidendo, si tamen inter socios conuenit, res aliquas non diuidi, iudex eam conuentionem in ferenda sententia sequetur. *l. in iudicium 13. ff. eo.* Aliud exemplum traditur in *l. si quis crediderit 49. ff. de pact.* vbi dicitur, si debitor conuenit cum creditore, vt non in solidum conueniatur, sed tantum in id quod facere potest, iudicem hanc conuentionem in pronuntiando exequi debere.

Sed cum *d. l. si conuenerit, acriter pugnat l. qualem 19. ff. de recep. arb.* vbi dicitur, non valere conuentionem litigatorum, vt arbiter certam, & à litigantibus præscriptam dicat sententiam. Resp. Aliud est in arbitro compromissario seruandum, aliud verò in iudice. Arbiter non tenetur dicere sententiam, quæ illi à partibus præscripta est. Ratio est, quia arbiter debet habere liberam facultatem pronuntiandi quod sibi videtur. Quod patet ex etymo vocabuli. Arbiter enim ille dicitur, qui ex arbitrio suo, hoc est, libera voluntate pronuntiat. *Seneca lib. v. de benefic.* Arbitri libera nullisque districta vinculis est religio: non prout lex, sed prout humanitas impulsit, iudicat. Vnde dicitur in *d. l. 19.* quod arbiter debet ferre sententiam quæ sibi videtur. Vnde & stare debet sententiæ arbitri, siue iustè siue iniustè pronuntiauit. *l. diem. §. stare. ff. de arbit.* Iudex verò tam liberam & amplam non habet in iudicando potestatem: vnde valet conuentio parum, vt iudex certam ferat sententiam. Adde quod ista sententia arbitri, qua secundum conuentionem litigatorum pronuntiat, nullam adfert utilitatem: quia ex sententia arbitri nulla datur actio iudicati, sed metu cænæ tantum ei paretur. *l. 1. C. de rec. arb.* Ita tradunt *Bart. Castr. Zaz. & Quare. ad d. l. 26.* Latius eandem sententiã defendit *Zazius doctissimus & cutissimus I C. lib. 2. antinom. iur. civ. nu. 5.* quem secutus est *Theodorus Straitmannus in antinomyjs suis iuris civil. antinom. 37.* & novissimè *Nicolaus Genoa in conciliationibus legum pugnantium, conciliat. 17.*

ASSERTIO XVII.

*Sententia ita prolata, Condemno Titium in petitis ; si
probatum est eum debere, inualida est.*

QUOD sententia hæc, Condemno Titium in decem, si probatum est eum debere, inualida sit, firmis rationibus & argumentis probatur. Primum ex eo, quod sententia definitiua dici non potest, quæ nullum finem imponit controuersia. *l. i. ff. de re iud.* Talis autem est hæc sententia, quia rem indecisam relinquit, perinde ac si lata non esset.

Secundò confirmatur hac ratione, quod ad iudicis officium pertinet, ut certam sententiam proferat, licet de incerta quantitate actum sit. *§. curare. Inst. de act.* Vnde non valet sententia, qua iudex pronuntiat, ut Reus quæ bona fide accepit, soluat; sed certam quantitatem in sententia exprimere cogitur, in quam Reum condemnet, *l. ult. C. de sent. quæ sine cer. quant.* Tertiò huc pertinet *l. qualem 19. §. 1. ff. de arbit.* ubi dicitur, iudicem ita pronuntiare debere, ut secundum id litigantes à tota controuersia discedere velit. Denique hæc sententia alijs duobus textib. comprobatur: scilicet per *l. quid tamen §. Pomponius ff. de arbit.* ubi dicitur, inutiliter arbitrum incertam sententiam dicere, ut puta, Quantum ei debes, redde. Atqui non certior est sententia, si iudex dicat, Si probatum est te decem debere, solue: utraque enim sententia aliam expectat. Similiter in *l. in sententijs 59. §. qui sortis. ff. de re iud.* tradit *Ulpia.* non valere hanc sententiam, Condemno te in vsuras, si competunt vel debentur; quia non videtur de vsuris iudex cognouisse.

Bartolus tamen contrariam sententiam tenet in *l. ait Pretor. §. 1. ff. de re iud.* & defendit hanc sententiam valere, Condemno te, si est probatum.

Contra hanc assertionem *Bartolus* pro sua sententia adfert *d. l. ait Pretor. §. 1.* ubi dicitur, valere hanc sententiam, Condemno Reum, ut quod accepit ex testamento *Mæuij*, restituat, quod perinde est, ac si diceret, Condemno eum in id, quod est vel erit probatum eum habuisse ex testamento *Mæuij*. Resp. Idèd iudex ibi ita rectè pronuntiauit, quia certam quantitatem nominasse censetur, quæ testamento vel codicillis expressa erat. Per relationem enim ad testamentum vel codicillos, sententia fit certa.

Secundò aduersatur *d. l. in sententijs. 59. in princ.* ubi dicitur, valere sententiam ita latam, solue quod petatum est. Resp. Ea sententia valet, quia ex formula

formula libelli & petitionis cognosci potest & certificari hæc incertitudo. Maior autem est incertitudo probationum, quàm petitionis libello comprehensæ, quia an aliquid probatum sit, vel non, incertum est: pendet enim ex arbitrio iudicis, quanta fides sit adhibenda testibus. *l. 3. vers. tu magis. ff. de testib.* Sed petitionis certa & liquida definitio facilè ex formula libelli demonstrari potest. Falsa est ergo opinio Bartoli, existiman-
 tis valere hanc sententiam. Condemno te, in decem, si probatum est, te debere. Ita tradunt *Duare. ad d. l. ait Frator. §. 1. Sarmientus lib. 1. select. interpretat. c. 13.*

ASSERTIO XVIII.

*Sententia non retractatur propter instrumenta
 de nouo reperta.*

QUOD propter nouiter reperta instrumenta tam sententiæ, quàm transactiones retractari non possint, decisum est in *l. sub pretextu 19. C. de trans. l. sub specie 4. C. de re iud.* Ratio est, quia res iudicata habetur pro veritate, propter publicam iudiciorum auctoritatem; & sententiarum à iudice latarum hic est effectus, vt per eas finis imponatur controuersiæ. *l. res iudicata 207. de R. I. l. 1. ff. de re iud.* Vnde non debent res semel iudicatæ propter probationes de nouo repertas retractari; vt sit aliquis litium finis.

Obijcitur *l. admonendi 31. ff. de iureiur.* vbi sententia lata ex iureiurando suppletorio, prælitto propter defectum probationis à litigantibus, retractatur, si aduersarius noua instrumenta se inuenisse dicat, ex quibus apparere possit veritas. Resp. Ideò sententia lata ex hoc iureiurando retractatur prætextu nouorum instrumentorum, quia in causa dubia seu ob defectum probationis lata est. Ergo cum appareat postea per instrumenta de nouo reperta veritas, meritò ea admittetur. Accedit & altera ratio, quòd iuramentum est priuilegiata & imperfecta probatio, quia hoc iuramentum facit partem iudicem & testem in propria causa. *l. ult. C. de felicicom.* Vnde non est tantæ efficacis sententia ex iureiurando litigatoris prolata, vt propter instrumenta de nouo reperta non retractetur: quia facilius ea quæ sunt iuris specialis, quàm quæ sunt iuris communis, tolluntur. *l. eius militis. §. ult. ff. de mil. test.* Et facilius retractatur ea sententia quæ lata est ex imperfectis & semiplenis probationibus, quam quæ ex plenis & legitimis

probationibus est pronuntiata, Approbat & sequitur hanc sententiam *Cuiatius libro Observ. 18. cap. 35.*

Secundò obijcitur, quòd in negotio publico permittitur ex integro de causa agi aduersus rem iudicatam, ex instrumentis postea repertis. *l. Imperatores 35. ff. de re iud. Resp.* Hoc specialiter favore fisci vel Reipub. est introductum, vt fiscus propter instrumenta de nouo reperta, possit retractare sententiam, qua reus fuit absolutus, vsque ad triennium; & si interuenit fraus vel præuicatio aduersarij, etiam post triennium. *l. vnic. C. de sent. con. fisc. lat. lib. x.* Est ergo Respublica in hoc priuilegiata, quòd sententia contra illam lata propter instrumenta de nouo reperta retractetur. In priuatis verò personis hoc iure non utimur. Hoc autem priuilegium quod competit Reipub. etiam Ecclesiæ & pupillo tribuitur. Respublica enim seu fiscus, pupillus & Ecclesia pari passu ambulant, ijsdem fauoribus & priuilegijs gaudent. *l. Rempubicam. C. de iu. Reipub. lib. 11. §. finimus. No. de non alienan. aut perm. reb. Eccl. c. 1. ex. de rest. in int. Gl. in d. l. sub specie.*

Tertiò obstat, quòd in criminalibus causis sententia retractatur, si de innocentia damnati ad mortem ex probationibus postea repertis appareat. *l. Diui 27. ff. de pœn. Resp.* Eo in casu non nisi per restitutionem in integrum succurritur damnato, quam solus Princeps potest indulgere; non verò iudex qui sententiam tulit, contra rem iudicatam in causa criminali litigantem restituere potest. *d. l. Diui. l. 1. vlt. ff. de quest.* quia iudex sententia semel lata definit esse iudex, & omnem iudicandi potestatem deponit. *l. iudex 55. ff. de re iud.* Alias exceptiones huius regulæ, quod prætextu novorum instrumentorum non rescindatur sententia, vide apud Anton. Peregrin. in tract. de iure fisci. lib. 7. tit. vlt. nu. 3.

A S S E R T I O X I X .

Iudex potest interlocutoriam sententiam mutare & rescindere, non verò definitiuam.

TRADITUR hæc assertio expressè in *l. quod iussit 14. l. Paulus 42. l. acta 45. l. cum quærebatur 62. ff. de re iud. l. 1. C. Quan. prouo. non est neces. l. Diui. 27. ff. de pœn. l. post sententiam. C. de sent. & interlo. om. iud.* Ratio diuersitatis est, quia iudex post litem sententiam definitiuam amplius iudex non est, & suo officio est defunctus & sic sententiam suam corrigere non potest. *l. iudex 55. ff. de re iud.* Interlocutoria verò sententia reuocari potest ab eo qui eam tulit, quia iudex qui interlocutus est, adhuc iudex manet vsque ad sententiam definitiuam. *d. l. quod iussit.*

Obijcitur

Obijcitur *l. siue pars. C. de dilat.* vbi dicitur, quod dilatione data à iudice, eius officium quiescit. Igitur non potest dilatione pendente vel finita, quam dedit per interlocutoriam sententiam, aliam concedere. Resp. Potest iudex ex iusta & legitima causa dilationes datas prorogare & ampliare, quoties scilicet iusta causa aliqua hoc suadet. *l. qualem 19. in fi. ff. de rec. arb.* Sed sine iusta causa dilationes semel datas iudex ampliare non potest. *1. C. de dila. l. 2. ff. de re iud.*

Secundò aduersatur *l. quod semel. 5. ff. de decre. ab ord. fa.* vbi dicitur, quod semel ordo decreuit, id mutare non potest. Resp. In eadem lege subiungitur, posse ex iusta causa decretum semel latum etiam à iudice reuocari & mutari.

Contra posteriorem partem assertionis pugnat *l. si praeses. & l. si vt proponis. 2. Quom. & quan. iud.* vbi iudex sententiam semel à se latam sine appellatione rescindit. Resp. Illæ leges accipiendæ sunt, quando sententiæ sunt ipso iure nullæ, utpote quæ latæ sunt diebus feriatis, vel contra minores 5. annis indefensos: *l. acta 45. §. vlt. ff. de re iud.* hæ ab ipso iudice, qui eas protulit, emendari & mutari possunt. Aliud dicendum est, si sententiæ sint validæ & perfectæ, sed latæ contra ius litigatoris, vel partis, non contra constitutiones, vel leges: hæ enim à iudice eodem mutari & rescindi non possunt. *Bart. & Castren. in d. l. quod iussit.* Postremò notandum quod iudex post latam sententiam supplere aliquid potest in sententia, puta circa taxationes expensarum litis. *l. 3. C. de fruct. & lit. expen.* dummodò id faciat eodem die, sitque iudex ordinarius, *l. Paulus respondit 42. ff. de re iud.* Iam datus seu delegatus iudex, quia statim atque sententiam dixit, iudex se definit, in sententia lata postea aliquid addere aut supplere non potest. *d. l. iudex 55. ff. de re iud.*

ASSERTIO XX.

Pactò beneficio cessionis bonorum renuntiari non potest.

VO D per pactum renuntiari non possit beneficio cessionis, crebrior est DD. sententia, quam sequitur *Bart. in l. alia. §. eleganter. ff. Solu. matr. arg. illius §.* vbi traditur, quod maritus renunciare non possit privilegio, quod habet, ne teneatur ultra id quod facere potest; quia id pactum est contra bonos mores. Similiter quoque hoc pactum quod quis renuntiat cessionis bonorum, est contra bonos mores, quia per id pactum

pactum obligat quis se ad carceres : carcer autem est species seruitutis , & mala mansio. *l. 2. ff. de lib. ho. exhib.* At homo liber se ad seruitutem obligare nequit , quia seruitus morti comparatur. Hanc opinionem defendunt. *Accur. in Auth. Imò C. de obl. & act. Bald. in §. ult. Inst. de actio. Salicet. in l. 1. C. Qui bo. ced. pos.*

Obijcitur primò , quòd quilibet potest beneficio & fauori pro se introducto renunciare. *l. pen. C. de pact. l. pactum 46. ff. de pact.* Resp. Ideò huic beneficio non licet renunciare , quia pactum hoc est contra bonos mores , quo quis se ad seruitutem vel carceres pro debito civili obligat. *arg. l. ob as. C. de obl. & act.* pacta verò quæ contra bonos mores sunt nullius sunt momenti. *l. pacta 6. C. de pact.*

Secundò obijcitur *l. sacrilegi 9. §. ult. ff. Ad L. Iul. pecul.* vbi debitoris Reipublicæ corpus detineri potest in carcere , donec satisfaciat. Item obstat *l. 2. C. de exact. tribu. lib. 10.* vbi dicitur , quòd pro debito Reipublicæ potest quis detineri in libera & militari custodia. Resp. Id specialiter concessum est in debitoribus Reipub. vt propter debita publica in custodia detineantur , quia interest Reipub. vt promptè & celeriter debita & tributa ciuitati seu fisco soluantur , quibus opus habet ad onera Reipub. sustinenda. Sunt enim tributa nervi & munimenta Reipub. sine quibus Reipub. administratio diu non potest consistere.

Tertiò obstat *l. ult. §. ult. ff. Que in frau. cred.* vbi qui bonis exutus est , vel bona sua ita alienauit & disperdidit in fraudem creditorum , vt nulla ratione recuperari possint , tenetur ad pœnam , scilicet carceris. Resp. limitatur prædicta assertio in eo , qui dissipauit omnia bona sua in fraudem creditorum , vel spe cessionis bonorum : hic enim non gaudet beneficio cessionis. *l. si quis dolo 51. in princ. ff. de re iud. Cuiac. lib. Obs. 12. c. 5.* Quando itaque quis dolo fecit , vt esset non soluendo , potest detrudi in carcerem , & extra ordinem puniri. *l. ob sanus 49. ff. de adm. tuto l. quòd si minor 24. §. si quis seruus. ff. de mino.*

Quartò opponitur *l. pen. ff. de in. dot.* vbi debitor qui tempore contractus sciebat se esse non soluendo , in solidum tenetur , nec gaudet beneficio in quantum facere potest. Ergo nec cedere bonis potest , sed incarcerationandus est , donec solidum debitum soluat. Resp. In eo casu quoque assertio limitatur , quia debitori qui tempore contractus sciebat se non esse soluendo , non competit beneficium cessionis , eò quod animo & intentione fraudandi creditores suos contraxit ; ac proinde hoc casu valet pactum , quo renuntiatur beneficio cessionis , ad præcavendas fraudes & insidiosas machinationes debitoris.

Quintò obstat *l. obsides. ff. Qui test. fa. pos. & l. Diuus ff. de in. fis.* vbi
obsides

obsides possunt se dare ad custodiam vel carcerem, donec captivus pro
 uo obstringuntur obsides, se redimat, & lytron promissum exoluat.
 imiliter in *c. ex rescripto 9. ex de iureiu.* traditur, quod pactiones valeant,
 & tamdiu quis pro alieno debito in carcere detineatur, donec pretium
 solvatur. Quæ conventiones dicuntur *obstagia*, vulgò *Leistungen*, & consueta-
 ne Germania vsu sunt recepta & approbata, vt notant *Sichard. ad l. ob as. nu.*
5. C. de obl. & act. Andr. Gail. ad seffor doctissimus Camera imperialis. lib. 2. pract. obs.
p. 45. Resp. Hoc fieri jure belli & captiuitatis, vt commercia & contra-
 ctus inter hostes, quibus etiam fides data seruanda est, tutius expediri &
 celebrari possint: sed extra eum casum, nemo potest se pro debito civili
 obligare ad carceres. *d. l. ob as. & Auth. seq. C. de obl. & act.* Atque hæc est com-
 muni DD. sententia, pacto non posse renunciari beneficio cessionis bo-
 norum, quia contra id quod lex vetat, pacisci nullo modo licet: leges au-
 tem prohibent aliquem ob debita seruire creditori: ergo & incarcerari
 etant, quia carcer est species seruitutis, *l. 2. d. ff. de lib. ho. exhib.* Idque etiam
 confirmatur *arg. No. 134. cap. 9.* vbi Justinianus prohibet liberos debitorum
 vel ipsos debitores seruire creditoribus pro debito. *d. l. ob as. C. de obl. & act.*
 vbi generaliter prohibetur, ne liberi homines ob æs alienum creditoribus
 seruire compellantur: additurque pœna in *d. No. 34. c. 9.* quod si quis liberos
 debitorum detineat vel seruire compellat pro debitore, quod non solum
 debito cadat, sed & in alterum tantum condemnetur, & præterea corpo-
 raliibus pœnis subdatur, qui liberam personam detinet, vel pignori capere
 præsumit. Ideoque à communi & recepta Doctorum sententia non est re-
 cedendum. *Pactus ad l. ob as. 12. C. de obl. & act.* Vide plenius de hac quæstione
 leganter dissetentem, An videlicet valeat renunciatio beneficij cessionis
 bonorum, *Didacum Couarru. celeberrimum practicum libro 2. Variar. resolut. c. 1.*
um. 7. & Eduardum Calderam de error. pragmat. lib. 1. c. 3. & lib. 3. c. 7. vbi crudite
 & eleganter tradit pactum non valere, quo renunciatur beneficio cessionis
 bonorum, & affirmat ne quidem consuetudine introduci posse, vt qui
 bonis cessit, carcere detineatur: idque ex ea ratione, quod ea pactio seu
 consuetudo obstet communi libertati, quæ iure publico est introducta,
 carcer autem sit species seruitutis. *d. l. 2. ff. de lib. hom. exh. l. Titio centum. 71. §. Ti-*
tio centum. ff. de cond. & dem. vbi dicitur pactione non posse infringi jus liber-
atis. Jam autem certum est, quod jura publica nullo jure civili mutari
 possint. *l. iura sanguinis 8. ff. de reg. iur. & ius publicum priuatorum pactis*
colligi non possit. l. ius publicum 38. & l. ius agnationis 34. ff. de pact. c. si diligenti. ext.
se foro compet.

ASSERTIO XXI.

*Si dominus fundi, armatos homines, quos ad se venientes
videbat, extimuerit, atque ita profugerit, vi
deiectus censetur.*

HANC decisionem aperte & euidenter tradit Iulianus in l. non solum. 33.
§. si dominus. ff. de vsu cap.

Cum qua pugnat grauitur l. 3. §. si quis autem. ff. de vi & vi arm. & l. metum 9. §. 1. Quod met. cau. vbi dicitur, non censi vi deiectum eum, qui audito rumore, quod homines armati ad fundum suum venirent, protugit. Ideoque nec interdictum vnde vi illi competit, sicut nec actio quod metus causa, quia vi deiectus non est. Si tamen forte verum audierit, & venerint postea armati homines, & possessionem apprehenderint, tunc vi deiectus censetur, & interdicto vnde vi, sicut & actioni quod metus causa locus erit. d. l. metum. §. 1. l. 1. §. idem Labro. ff. de vi & vi arm.

Resp. Distinguendum est inter eum, qui audiuit homines armatos ad fundum suum venientes, & eum qui vidit. Qui homines armatos ad fundum suum tendentes vidit, atque profugit, vi deiectus videtur, etsi illi armati milites possessionem non occuparint. d. §. si dominus. Qui vero audiuit solum homines armatos venire ad vim faciendam, non aliter vi deiectus intelligitur, quam si ipsi possessionem occupauerint, d. l. metum 9. §. 1. d. l. 3. §. si quis autem. Ratio diuersitatis est, quia oculi magis quam aures nos mouent & perterre faciunt. Ita, hæc eleganter conciliat Cuiac. ad. d. §. si dominus.

ASSERTIO XXII.

*Vtile interdictum Saluiianum datur creditori, contra
quemlibet debitorem, qui res suas pigno-
ri obligauit.*

AN cuilibet creditori contra debitorem res suas oppignorantem detur Saluiianum interdictum, controuersa inter DD. est quæstio. Sed tamen verior & probabilior est sententia, quod creditori ad adipiscendam possessionem rerum cuiuscunque debitoris pignori obligatarum,

tum, vtile Saluianum interdictum competat. Quod probat *l. 1. C. de pre-
ra. & Salu. interd.* vbi dicitur, contra quemlibet debitorem, siue de rebus
quorumcunque debitorum pignori obligatis, interdictum Saluianum
competere. Hanc sententiam amplectitur *Bart. in d. l. 1. & l. 1. ff. de Salu. interd.*
quem sequuntur *Wesem. in parat. eo tit. & Cuiac. in parat. C. eo. & ad sent. Pauli,
ib. 5. tit. 6.* A qua sententia dissentiunt *Donel. C. eo. tit. num. 3. & Meno. remed.
3. ad ipis. poss. num. 21.*

In contrarium facit *§. interdictum. Inst. de interd. item. l. 1. & 2. ff. de Salu. in-
terd.* vbi traditur, interdictum Saluianum dari domino fundi, ad perse-
quendam possessionem rerum coloni, quas pro mercede fundi oppigno-
rauit. Vnde videtur tantum hoc interdictum dari creditori habenti hy-
pothecam ex causa locationis, non verò cuilibet creditori habenti hypo-
thecam ex aliis causis.

Resp. Directum interdictum Saluianum datur tantum locatori rusti-
ci prædij contra colonum, quia de hoc debitore interdictum nomina-
tim loquitur. Vtile autem datur ex interpretatione, etiam locatori præ-
dij vrbani, contra inquilinum, pro rebus inuectis & illatis tacitè pignori
obligatis pro pensione domus locatæ. Imò datur quoque vtile interdi-
ctum Saluianum ex interpretatione cuilibet creditori, non tantum con-
tra debitorem, qui ex qualibet causa res pignori obligauit, sed & contra
quemlibet etiam extraneum possessorem rerum debitoris pignori obli-
gatarum. *d. l. 1. in princ. ff. de Salu. interd. & l. 1. C. eo. Wesem. d. loco. Cuiac. lib.
Obs. 4. c. 24.* Approbat hanc conciliationem *Nicolaus Genoa in conciliationibus
legum in iure civili contrariarum, in refutatione opinionum in iure civili leges contrarias
arguentium.*

ASSERTIO XXII.

*Reus non tenetur satisfacere in interdicto Vti possidetis,
quòd in futurum actorem non turbabit.*

TRIA in interdicto Vti possidetis ab actore petuntur. Primò vt reus
desistat à turbatione præsentis. Secundò, vt in futurum non turbet.
Hoc est, quod dicit *IC. in l. 1. ff. Vti possid.* Quominus ita possideatis,
vim fieri veto. Tertiò vt omnia bona ablata, damna illata, & fructus per-
ceptos restituat. Adiiciunt & quartum DD. posse petere actorem in hoc
interdicto, vt reus caueat, quòd in futurum eum non sit turbaturus, te-
nerique reum hanc satisfactionem præstare. *Bart. in l. 1. §. pen. ff. Vti poss. Daare.
lib. 1.*

lib. 1. disp. c. 21. Quod licet communi DD. calculo probetur, tamen legibus & iuri non est consentaneum.

Contra hanc assertionem pro communi sententia obijciuntur primò *l. harum 7. & l. egi. 12. ff. Si seru. vend. & l. pen. ff. de aqu. quo. & est.* vbi dicitur, siue agatur pro seruitute vendicanda confessoria actione, siue interdicto aliquo, tenetur victus cauere aduersario, se non impediturum eum in posterum in vsu seruitutis. Resp. Illa cautio in seruitutibus exigitur à victo, non autem in controuersijs rerum corporalium seu immobilium talis cautio postulat. Ratio diuersitatis est, quia nihil est in seruitutibus, quod victus restituat corpore; seruitutum enim nulla est possessio. *l. ult. ff. de seruit.* Ideoque requiritur à victo cautio, quæ est pro seruitutis restitutione, sed in rebus corporalibus rei ipsius possessio restitui potest; quare restituta, frustra aliud exigitur, quod restitutionis vice fungatur.

Secundò grauer aduersatur *l. vni. C. Vti poss.* vbi dicitur, quòd in interdicto vti possidetis, pronuntiat iudex, ne vis fiat possidenti, ac deinde satisfactionis, vel transferendæ possessionis seruata forma, de proprietate cognoscit. Quibus verbis videtur contineri, quòd victus hoc interdicto debeat satisfacere aduersario, quòd eum in posterum non turbabit in sua possessione. Sed illa interpretatio non potest sustineri. Nam *ille text.* non loquitur de satisfactione præstauda à reo victo, quasi ipse caueat aduersario victori, de eo non turbando in possessione, cum dicat Imp. alternatiuè, eum teneri vel ad transferendam possessionem, vel ad satisfactionem præstandam, cum ad utrunque ex communi DD. sententia sit adstrictus. Itaque verior & sanior est eorum opinio, qui hanc satisfactionem intelligunt, de re quæ vendicatur, conseruanda; quam victor in hoc interdicto, dum in eum translata est possessio, ab aduersario conuentus rei vendicatione, præstare tenetur; quòd scilicet rem, cuius possessio sibi adiudicata est, illæsam conseruare velit, non verò eam velit diminuerè, neque fructus eius dilapidare, donec causa proprietatis cognita & terminata fuerit. Quam satisfactionem si in possessorio iudicio victor declaratus, præstare recuset, transfertur possessio in petitem satisfactionem. Hanc sententiam optimè confirmat *l. 5. ff. de pet. hered. l. de bonis 6. §. ult. ff. de Carb. edi.* Eamque amplectuntur *Cuiac. lib. 1. sent. Pauli tit. xi. & in parat. C. Vti poss. Wesem. in parat. de rei vend. num. 6. Fachin. lib. 8. contr. inr. c. 14. Iohan. Robert. lib. 3. sent. inr. c. 21. Menoc. remed. 3. re in possess. quest. 95. Baro. lib. 6. Manual. tit. 17.*

ASSER-

ASSERTIO XXIV.

*Nudo detentori non dantur interdicta Uti posside-
tis, vel Unde vi.*

QUOD si quis non possidet, sed detinet tantum, ei non competit interdictum uti possidetis, vel unde vi, uti colono, item misso in possessionem custodiae causa. *l. si duo. §. creditores ff. Uti poss. l. i. §. deieitur, in verb. non tamen si colonus. ff. de vi & vi ar. Fab. ad §. retinenda, num. 2. Inst. de interd.*

In contrarium, quod & nudo detentori competat interdictum Uti possidetis, probatur *ex l. i. §. quod autem ait. ff. de vi & vi ar. vbi illi, qui res commodatas, depositas vel pignoras habuit in fundo, ex quo deiectus est, pro illis datur interdictum unde vi. Resp. Iste §. loquitur de mobilibus, quae accessorie perueniunt ad possessorem fundi; in quibus non refert, quomodocunque habentur, dummodò tamen res pro qua agitur principaliter, sit immobilis, & possideatur.*

Secundò obiicitur hoc modo. Plus debet subueniri legitimè detinenti, quam violento possessori. *l. Seruius ff. Quod vi aut clam.* Sed violento possessori datur hoc interdictum, contra illos à quibus nō possidet vi. *l. i. §. vlt. ff. Uti poss.* Ergo & detinenti. Resp. Hoc quidem videtur prima facie dicendum, sed defectus principalis materiae videlicet possessionis repugnat, quam Praetor non potest tueri per hoc interdictum, quia non est.

Sed quaeritur, quomodo succurratur talibus detentoribus turbatis in sua detentione? Resp. Quod misso in possessionem causa custodiae provideatur per edictum, Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est. Vel datur ei actio iniuriarum. *l. qui pendente. §. si. ff. de act. emp.* Vel potest implorare officium iudicis, ut in detentione sua non molestetur, vel ut in ea defendatur. *per l. Aquilius Regulus. 27. & ibi Paulus de Castr. not. ff. de dona. l. & ideo. §. vlt. ff. de cond. furt. Pres. Eucr. in loco à fendo ad emphyt. nu. 51. vbi dicit, se ita vidisse in ardua quaestione de facto obseruatum. Approbat Io. Fiber d. loco.*

ASSERTIO XXV.

Colono non competit interdictum Vnde vi.

SI colonus vi deiectus sit è fundo, non competit ei aduersus deijcientem interdictum Vnde vi, quia nullo modo possidet. *l. 1. §. deijcitur. ff. de vi & vi ar.*

Sed obijcitur *l. colonus 12. & l. cum fundum 18. ff. d. tit.* vbi dicitur, interdictum vnde vi colono competere. Resp. Tunc demum colonus intendit interdictum vnde vi, si ipse domino interuerterit possessionem, & dominum seu locatorem, vel alium à domino missum in possessionem non admiserit. Iam enim non amplius vt colonus est in fundo, sed vt violentus possessor. Ideoque ipse tenetur domino interdicto vnde vi, & ipse quoque si ab alio spoliatur, habet contra eum simile interdictum.

Secundò obijcitur *l. communi 7. §. neque. ff. Com. diuid.* vbi dicitur, colonum naturaliter possidere. Ergo interdictum vnde vi ei datur, quod ei conceditur, qui vel ciuilitè vel naturaliter possidet. *d. l. 1. §. deijcitur.* Resp. Ibi naturalis possessio pro nuda detentione accipitur. *l. 3. in fi. & l. seq. ff. Ad exhib.* Colonus propriè naturaliter non possidet, quia non sibi, sed domino possidet. *l. 1. C. Commu. de vsuca.* Possidere autem est rem tenere affectu sibi habendi. *Theo. in §. item placet. Per qu. pers. no. acq.* Per abusionem ergo & impropriè naturaliter tantum dicitur possidere colonus, quia corporaliter tantum detinet. Nam in *d. l. 1. §. deijcitur*, apertissimè negatur, colonum naturaliter possidere.

ASSERTIO XXVI.

Actionis verbo non continetur exceptio.

HÆ assertio totidem verbis descripta extat in *l. verbum oportebit 8. §. 1. ff. de V. S.* Et confirmatur hac euidenti ratione. Cùm enim actio sit ius persequendi in iudicio, quod nobis debetur, exceptio verò eius petitionis quædam sit exclusio, & contraria sit actioni. *l. 2. ff. de excep.* non poterit verbo actionis contineri, non magis quàm vna persona respectu eiusdem possit esse actor & reus.

Obijcitur *l. 1. ff. de excep.* vbi dicitur, Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur. Resp. **I**Ctus dicit eum videri agere: At verbum videtur impropriè denotat. per *l. naturaliter 12. ff. de acqu. poss. DD. in l. 1. §. deicisse.*

risse. ff. de vi & vi ar. Decius ad l. qui per successionem 154. num. 3. de R.I. Non itaque agit, id est, in iudicio experitur, seu actionem mouet, ille qui excipit, sed in probationibus tantum actoris partibus fungitur, ut quemadmodum actor suam intentionem probare tenetur, ita & reus suam exceptionem. Veluti si reus exceptione pacti conuenti utatur, probare pactum debet. *l. in exceptionibus 19. ff. de proba.* Proprie itaque actionis verbo exceptio non continetur, sed tantum quoad effectum probandi. Ex quo sequitur, sublata actione non censeri sublatam exceptionem, & propterea cum cui sacris interdictum est, exceptionem compensationis opponere posse actori, licet agere prohibeatur. *Alcia. in d. l. 8. per c. cum inter. ex. de excep. quamuis Bart.* existimet exceptionem compensationis proprie actionis verbo contineri, quod probare nititur *per l. amplius. in fi. ff. Rem ra. hab.* Sed in illa lege dicitur, si quis aduersus petentem compensatione usus sit, recte eum petisse videri; sed verbum videtur improprietatem denotare.

ASSERTIO XXVII.

Exceptiones peremptoriae, non ante, sed post litem contestatam opponendae sunt; contra

DONELLVM.

HOC enunciatum aperte confirmatur & stabilitur in *l. 4. & 8. C. de excep. item in l. 2. C. Sent. resc. non pos.* ubi dicitur, peremptorias exceptiones omittas initio, antequam sententia feratur, opponi posse.

Sed obijcitur *l. emtor. 9. C. de presc. long. temp. item l. prescriptionem 8. & l. siquidem 9. C. de excep.* in quibus traditur, quod exceptiones peremptoriae debent initio quidem litis contestari & opponi, sed probandae sunt, postquam actor suam intentionem demonstrauit. Resp. Illa contestatio peremptoriarum exceptionum non de necessitate fieri debet, sed potius ex voluntate rei conuenti: quod indicant verba *tex. in d. l. emtor. C. de presc. long. temp. & d. l. prescriptionem. C. de excep.* posita, videlicet quod sufficiat exceptionem peremptoriam ante litem contestatam proponi, & contestari, quae vox sufficit voluntatis, non necessitatis. Ita respondet *Acur. in l. exceptionem. C. de proba.* quem sequuntur communiter DD.

Secundò obijcitur tale argumentum. Iudex non potest pronuntiare de eo, quod in iudicium non est deductum. *l. ut fundus 18. ff. Com. divid.* Atqui d tantum deducitur in iudicium, quod litis contestata tempore accidit. *unic. C. de lit. contest.* Ergo iudex cognoscere non potest de exceptionibus post

post litem contestatam oppositis, & per consequens exceptiones peremptoriae post litem contestationem opponi non possunt. Resp. Quod traditur, iudicem non posse super eo pronuntiare, quod post litem contestatam in iudicium venit, hoc intelligendum est, si quid post litem contestatam ex parte actoris de nouo petatur: nam actor non potest actionem suam fundare super iure futuro, neque actionem suam mutare post litem contestatam. *l. non potest 23. l. non quemadmodum 35. ff. de iudic.* Atqui verò de iure quod superuenit ex parte rei etiam post litem contestatam, iudex cognoscere & pronuntiare potest. *Costal. ad l. quasitum. ff. de pecu.* Hæc est communis DD. sententia, quòd peremptoriae exceptiones etiam post litem contestatam opponi possunt; quam refutare nititur *Donel. ad l. 8. & 9. C. de except. & ad l. exceptionem 19. C. de probat.* leuibus & friuolis argumentis.

ASSERTIO XXVIII.

Peremptoriae exceptiones non possunt post sententiam opponi.

DE peremptoriis exceptionibus hæc regula in iure prodita est, quòd ante sententiam quocunque tempore opponi possunt: post sententiam verò opponi non possunt, nisi ab ea sit appellatum. *l. 2. C. Sent. resc. nou. pos. l. 4. & 8. C. de except.*

Obiicitur primò huic assertioni, quòd exceptiones SC^{ti} Velleiani & Macedoniani possunt etiam post rem iudicatam opponi. *l. tamen si 11. ff. ad SC. Maced.* Resp. Hoc fit ex sententia SC^{ti}, neque alia huius rei certa ratio reddi potest. Vel post dici, quod in SC. Velleiano hoc sit specialiter constitutum fauore mulierum, in Macedoniano vero SC. specialiter id sit receptum in odium creditorum scænerantium filiofam.

Secundo obiicitur *l. 1. C. de iur. & fac. ign.* vbi statuitur, milites posse exceptiones peremptorias post sententiam opponere. Resp. Hoc Imp. Antoninus speciali fauore militibus concessit, ideo quod propter nimiam eorum circa res forensis imperitiam, & armorum occupationem, ius ciuile eis ignorare sit permittum. *Inst. de mil. test. in princ.* Sic etiam specialiter fauore minorum 25. annis receptum est quod minores exceptiones vel allegationes omittas post sententiam allegare & proponere possunt *l. minor annis omittas 37. ff. de minor.*

Tertiò aduersatur, quod exceptio priuilegii, ne quis conueniatur
vltra

ultrà quàm facere possit, post condemnationem opponi potest: *l. Nescimus 41. §. vlt. ff. de rei iud. l. ex diuerso 17. §. fin. ff. Sol. matr.* Resp. Idè ista exceptio post sententiam opponi potest, quia non impugnatur sententiam, sed potius pro moderanda executione sententiæ obijcitur. *Wesem. ad tit. C. de excep.*

Malè quidam huc referunt exceptionem diuisionis, ex epistola D. Adriani, quæ datur pluribus fideiussoribus, ut inter eos qui soluendo sunt, actio diuidatur. *l. fideiussor 10. C. de fideiuss.* quam volunt opponi posse post sententiam. ut notat. *Gl. in fideiussor 10. C. de fideiuss.* Mouentur illi per *l. fideiussores 41. §. vlt. ff. de fideiuss.* quæ ait vnum ex fideiussoribus fuisse condemnatum in solidum, & cum eo actum fuisse iudicati: lex ait cum fideiussorem posse desiderare, ut sibi aduersus ceteros fideiussores actio mandetur. Sed huc nihil attinet: nam lex non loquitur de beneficio diuisionis, sed cessionis. Item mouentur *l. inter eos 51. §. vlt. ff. de fideiuss.* vbi postquam vnus ex fideiussoribus esset damnatus, & bona eius in fiscum redacta, actio deinde inter fideiussores diuisa fuit. Dicendum, fideiussorem ibi non ex fideiussione, sed ex delicto fuisse damnatum, ita ut ex ea damnatione bona sintISCO applicata. Sensus ergo huius legis hic est. Si vnus ex fideiussoribus sit damnatus ex delicto, & bona eius publicata, potest creditor contra alios fideiussores ius suum prosequi: qui rectè petent actionem diuidi inter omnes qui soluendo sunt, inter quos etiam fiscus qui damnato fideiussori successit, computabitur. Vt puta si tres sint priuati fideiussores, & præterea fiscus qui quarto condemnato fideiussori ex causa criminali successit, quatuor partes fient in diuisione actionis, ex quibus fiscus qui successit in bona vnus fideiussoris, quartam partem agnoscer, pro reliquis verò partibus priuati fideiussores conuenientur. *arg. l. 1. C. de fideiuss. l. 2. C. Ad l. iul. de vi publ.* vbi dicitur quod fiscus qui successit debitori vel fideiussori damnato ex delicto pro parte hereditaria tenetur creditoribus respondere.

ASSERTIO XXIX.

*Exceptiones dilatoriæ, qualis est procuratoria, ante
litem contestatam opponi debent.*

PROBATVR hæc assertio in *l. ita demum. C. de procur. l. exceptionem. C. de proba.* Sic exceptio procuratoria, quæ opponitur procuratori actoris, ratione satisfactionis de rato nõ præstita, debet opponi ante litē contestatam. Sic etiam exceptio procuratoria, quæ procuratori Rei obijcitur,

H h h

de cau-

de cautione iudicatum solui non præstita, ante litem contestatam est alleganda. Et si aduersarius eam ante litis contestationem petere neglexerit, postea eam petere non potest. *l. Pomponius 40. §. pen. ff. de procur. l. vnic. C. de satisfact.* Ratio est, quia exceptiones procuratoriæ sunt dilatoriæ. *l. 2. in fi. ff. de excep.* Atqui tales exceptiones omnes ante litem contestatam sunt opponendæ. *d. l. exceptionem. Cuiat. lib. 18. Obs. c. 33.*

Obijcitur *l. licet 24. C. de procur.* ubi traditur, exceptionem falsi procuratoris etiam post sententiam opponi posse. Respondet *Castren. in d. l. Pomponius. §. pen.* quòd exceptio falsi procuratoris post sententiam est admitrenda, si reus vult in se assumere onus probandi, quòd procurator non habuerit mandatum, & ita accipienda est *d. l. licet*. Aliter etiam responderi potest, quòd tunc demum post sententiam exceptio falsi procuratoris admittatur, si aduersarius ignorauit eum falsum fuisse procuratorem, nullumque habuisse mandatum, & post sententiam primùm superuenit eius rei notitia. Ita tradit *Accurs. ad d. l. exceptionem*. Ratio est, quia cum falso procuratore nullum iudicium est, nullaque controuersia esse fingitur. Atqui exceptiones nullitatis, quæ scilicet reddunt iudicium retrò nullum, etiam post sententiam opponi possunt. Sic exceptio iudicis incompetentis post sententiam opponi potest. *l. fin. C. Si à non comp. iud. gl. in d. l. licet. C. de procur.* Vide Baronem *ad §. appellantur. Inst. de excep.* Sic exceptio, quod sententia lata sit die feriato, quia reddit iudicium retrò nullum, potest etiam post sententiam opponi. *l. si feriatis 6. ff. de fer. & dilat. Wesemb. in paratit. ad tit. de except.*

ASSERTIO XXX.

*Actionis definitio tradita in Inst. tit. de actionib.
tam realem quàm personalem actionem
complectitur.*

VERBIS definitionis actionis traditæ à Justiniano *in princ. tit. de actio.* omnis actio tam realis quàm personalis comprehenditur. Neque opus est cum Azone, Accursio, Hotomanno & Barone addere ea verba definitioni, quòd sit jus persequendi iudicio quod si debetur, *Vel sum est*, ut etiam realem actionem complectatur. Verbum enim debet, hic latè, generaliter, & *ἐν πλάτῃ* accipi oportet, ut comprehendat etiam actiones reales, quibus petimus id quod nostrum est, *l. actionum 25. ff. de obl. & act.*

obl. & act. Illud enim quod nostrum est, & cuius domini sumus, hactenus nobis debetur, quatenus aduersarius ad id restituendum seu restitutionem possessionis nostræ nobis obstrictus est. Sic in *l. pecunia* 178. §. *ult. de V. S.* expressè dicitur, hoc verbum debere, omnem omnino actionem comprehendere tam ciuilem quàm honorariam, & in *l. debitor* 108. *cod. tit.* dicitur debitor, à quo inuito pecunia exigi potest. Malè ergo *Azo. Hom. lib. 3. Obser. c. 17. Cuiusius, in Paratit. ff. de obl. & act. & lib. 15. Obseru. 12.* & alij interpretes actionem realem sub hac definitione contineri negant.

Pro aduersariorum sententia tale adfertur argumentum, quòd omnis actio descendit ex obligatione, obligatio enim est proxima & immediata causa actionis. *l. licet 42. §. ea obligatio. ff. de procur. Sed in §. 1. Inst. de actio.* disertè traditur, rei vendicationem dari aduersus eum, qui nullo jure nobis obligatus est. Itaque definitione actionis non continetur realis actio. Resp. accepta latiori significatione obligationis, realis actio etiam ex obligatione nascitur, quia conuentus reali actione, saltem per accidens, ratione rei possessæ obligatur ad restituendum, ex hoc vinculo obligationis, quòd emo debet cum alterius iactura locupletari, & quòd quilibet iniustus possessor res suas domino restituere tenetur. Actor itaque actione reali non persequitur id quod sibi debetur ratione dominii (quia illud iam habet, quippe cum actione reali agens asserat se dominum esse rei conuersæ, apud aduersarium autem possessionem esse adfirmet, *l. vnic. C. de re iud. mut. cau. l. in rem 23. ff. de rei vend.*) sed possessionem, quam aduersarius retinet, persequitur. Concludo igitur cum *Iazone, Zazio, Sneiderwino, Mingero, Donello & Bortholt ad princip. tit. Inst. de actio.* omnem actionem mun-
 ex aliqua præcedenti obligatione produci. Vbi enim esset legis æquis, si innocentem fatigaret actionibus, nisi præambula esset aliqua obligatio. Confirmat hanc sententiam *Coras. lib. Miscel. §. c. 5. n. 8. & 9.* vbi re-
 è notat, eum qui rem nostram possidet, ratione possessionis rei nostræ, nostrum esse debitorem. per *l. creditores 10. ff. de V. S.* vbi dicitur cre-
 tores eos accipiendos esse, quibus debetur ex quacunque actione, vel persecutione.

ASSERTIO XXXI.

Actio summa diuisio in duo genera diducitur . aut enim in rem sunt , aut in personam.

SUMMA & prima diuisio actionum, tam ratione ordinis quàm dignitatis, desumpta à causa materiali, hæc est, qua omnes actiones distribuantur in reales & personales. §. 1. *Inst. de act.* Actio in personam est, qua agimus, vt aduersarius condemnetur ad dandum vel faciendum aliquid, qui ex contractu vel quasi, maleficio vel quasi nobis est obligatus. Huius actionis natura est, vt semper inhareat personæ obligati, & vt aiunt DD. comitatur obligatum tanquam lepra leprosum. l. 1. §. si heres. ff. ad S. C. Trebell. Actio in rem est, qua petimus pronunciari rem nostram esse, ejusque possessionem nobis restitui. l. actionum 25. ff. de obl. & act. Hæc semper contra possessorem datur, etiamsi in mille manus res perueniat.

Sed videtur hæc diuisio esse imperfecta, quia sunt adhuc duo genera actionum, quæ sub hac diuisione non continentur, videlicet actiones mixtæ, & in rem scriptæ. Ad hanc obiectionem respondendum, quod actiones mixtæ, quæ partim in rem, partim in personam sunt, de quibus agitur in §. quedam 21. *Inst. de actio.* sub duobus hisce simplicibus membris continentur, cum quibus participant. Mixta enim comprehenduntur sub suis simplicibus. *Glos. in l. 2. in princ. de V. O.* Actiones autem in rem scriptæ, vt est actio quod metus causa. l. 9. §. ult. ff. *Quod met. caus.* item actio ad exhibendum, l. 3. §. est autem personalis. ff. *ad exhib.* sunt inspecta origine sua merè personales, quia dantur contra eos qui nobis obligati sunt ex maleficio, vt qui res nostras per vim & metum abstulerunt, vel ex quasi contractu, vt est actio ad exhibendum quæ in eum competit, qui tempore conuentionis seu iudicij accepti facultatem habet exhibendi, vel dolo desit posse exhibere. d. l. 3. §. eleganter l. de eo. §. si post. ff. *ad exhib.* Baro ad d. §. 1. Ideò autem dicuntur in rem scriptæ, quod licet nobis pereas actiones non persequi, ad quemcunque possessorem deuenierint. *Zacius ad d. §. 1. num 15.*

ASSER-

ASSERTIO XXXII.

Actiones aliæ bonæ fidei sunt, aliæ stricti iuris.

TRADITVR hæc decisio in §. actionum. Inst. de act. Actiones bonæ fidei sunt, in quibus liberam potestatem habet iudex ex bono & æquo æstimandi, quemadmodum aëtori satisfieri oporteat, liberumque abet arbitrium indicandi quod sibi bonum & æquum videbitur, licet de o nihil dictum sit à contrahentibus. §. ult. Inst. de obl. ex consen. l. quia tantum. ff. de neg. gest. §. in bonæ fidei Inst. de actio. Stricti iuris actiones sunt, in quibus iudex adstringitur legibus contractuum, expressisque partium conventionibus, neque liberam habet potestatem iudicandi ex bono & æquo, ltra ea quæ expressa partium conventionibus & pactis cauta & comprehensa sunt. l. quicquid. 99. de V. O.

Obijcitur l. placuit. C. de iudic. vbi dicitur, omnibus in rebus, & proinde in omnibus actionibus, præcipuam esse iustitiæ, æquitatisque, quam stricti iuris rationem. Vnde colligitur, nullas esse stricti iuris actiones. csp. Strictum ius ibi accipitur pro summo iure, quando verbis legistantum præcisè & pertinaciter observatis, mentem & sententiam legis negligimus. Hoc ius nunquam sequimur, ideoque eo sensu nullæ sunt actiones, stricti iuris, in quibus scilicet verbis tantum legis pertinaciter captas, mentem & voluntatem legis non attendimus. l. penul. ff. ad exhib. Eleanter Cicero in erat. pro Caccinna. Scriptum sequi calumniatoris est, boni utem iudicis, voluntatem scriptoris auctoritatemque defendere, su. tex. egans in l. scire oportet. §. aliud autem. ff. de excus. tut. vbi dicitur, Etsi verba legis anc efficiant sententiam, mens tamen legislatoris aliud voluit. & l. pen. ad exhib. vbi inquit I C. Paulus. Non oportet ius civile calumniari, neque verba captare, sed qua mente quid dicatur, animadvertere convenit. Vem hoc sensu rectè dicuntur aliæ actiones bonæ fidei, aliæ stricti iuris; uod scilicet iudex in illis ex libera potestate æstimare potest, quicquid ex ona fide aduersarium dare facere oportet. §. in bonæ fidei. Inst. de act. In his erò potestas iudicis est certis finibus inclusa & adstricta. d. l. quicquid. ff. V. O.

Secundò obijcitur l. bonam fidem. C. de obl. & act. vbi dicitur, in omnibus ontractibus bonam fidem adesse oportere. Ergo omnes actiones sunt onæ fidei. Resp. Hoc ita accipiendum est, quòd in contractibus bonæ dei maximè exuberare debet æquitas seu bona fides: in stricti verò iuris idicijs bona fides non tam diligenter spectatur, sed plerunque negli-

Hhh 3

gitur,

gitur, *l. Lucius 24. ff. de pos. l. 5. C. de resc. vend.* Exempli gratia: In utrisque exigitur, ut debita sine mora reddantur, hoc verò in bonæ fidei contractibus exigitur maximè, & idèd ex mora in bonæ fidei contractibus veniunt usuræ. Ex mora in contractibus stricti iuris non exiguntur usuræ, citra vinculum stipulationis, etiam post litem contestatam. Mora culpatur magis in vno contractu quàm in alio, *l. mora. §. in bonæ fidei. l. lite. ff. de usur. l. cum fundus 31. ff. de re. cred. l. 1. C. de cond. ind. & ibi Glos. sing. l. 3. C. de usur. Mins. ad §. actio-num. num. 16. Inst. de actio.* Secundò bonæ fidei hoc est proprium, ut in contractibus absit dolus & calliditas, hoc in bonæ fidei contractibus maximè & potissimùm exigitur. Vnde contractus bonæ fidei, quibus dolus dedit causam, ipso iure nulli sunt, *l. & eleganter. 7. ff. de dolo. l. 3. Pro soc.* Contractus verò stricti iuris, quibus dolus dedit causam, ipso iure valent, nec infirmantur, nisi actione vel exceptione doli proposita; *l. dolo. C. de inut. stip. l. 36. ff. de V. O. l. & eleganter. 7. §. non solum. ff. de dolo. Cuiac. lib. Obs. 8. c. 10.* Tertiò ex coliquet, contractus bonæ fidei pleniores & vberiores esse, quàm stricti iuris contractus, quòd in omnibus bonæ fidei contractibus, cum nondum dies præstandæ pecuniæ venit, ante diem agi potest ad interponendam cautionem, id est, satisfactionem ex iusta causa, puta quòd debitor labatur facultatibus. *l. in omnibus. 41. ff. de iudic. l. si creditores. ff. de priuil. cred. & periculum sit cum adveniente die non fore solvendo. l. si fideiussor. 7. §. ult. ff. Qui satis cog.* Quæ cautio locum non habet in stricti iuris iudicijs. *l. quoties. §. si semel. ff. de pecul.* Quartò in contractibus bonæ fidei fructus veniunt à tempore moræ. *l. 3. §. caterum. ff. de usur.* In strictis verò iudicijs non à tempore moræ, sed ex lite contestata fructus debentur ex æquitate. *l. 38. §. si actionem. ff. de usur. l. cum fundus 31. ff. de reb. cred. l. si homo 8. ff. de re. iud. Cuiac. lib. 17. Obs. c. 37. Mins. d. loco. num. 20.* vbi recenset nouem differentias inter actiones bonæ fidei & stricti iuris. Potest etiam rectius & melius hoc modo ad *d. l. bonam fidem* responderi, quòd bona fides ibi significet simplicem & synceram voluntatem, rectumque animi propositum, & sic dolo, fraudi, calliditati & malitiæ opponitur. *l. ab emtione 58. de pact. l. si cum fundum. 68. ff. de cont. emp.* In hac significatione bona fides in omnibus contractibus necessaria est, quia ab omni negotio contrahendo fraus & dolus malus abesse debet. Verum in proposita diuisione bona fides non pro sincero & puro animo, ab omni fraude & dolo remoto usurpatur, sed potius idem valet quod bonum & æquum siue æquitas, secundum quam iudex in bonæ fidei iudicijs non strictè inhæreere tenetur petitioni actoris, sed liberè adiudicare potest actori etiam ea, de quibus nihil inter partes dictum aut conuentum est, dummodò bona fides, hoc est, æquitas postulet illorum rationem haberi. Atque hoc modo bona fides accepta, non in omnibus, sed in bonæ fidei

dei tantum contractibus & actionibus attenditur. *Inst. de obl. ex consen. in fi-*
um in stricti iuris contractibus ea tantum praestentur, quae expressa con-
rahentium conventionione cauta sunt, neque plus, neque minus. *l. quicquid 99.*
de V.O. Ita eruditè respondet Harprechtus ad §. actionum. *Inst. de actio.*

ASSERTIO XXXIII.

*A contractu perfecto, inuito aduersario
non licet recedere.*

REGULA est generalis in omnibus contractibus, quòd sicut ad con-
trahendam obligationem exigitur utriusque voluntas, ita semel con-
stitutae obligationi vnus inuito altero non potest renuntiare. *l. sicut.*
de obl. & act.

Obijcitur huic regulæ, quòd in contractu societatis alterutri sociorum
terro inuito etiam, licet societati renuntiare. *l. verum. 63. §. fin. & l. seq. ff. Pro*
§. manet. Inst. eo. Resp. Hæc regula non procedit in societate. Societatis
nim ea est natura, vt nemo inuitus cogatur in communione manere, eò
quòd communio plerumque solet excitare discordias. *l. cum pater 77. §. dul-*
dimis. de leg. 2. l. ult. C. Com. diuid.

Secundo opponitur, quòd mandatum reuocatur etiam solo dissensu
mandatoris, sicut & renuntiatur mandato à solo mandatario. *l. si mandaue-*
22. §. si ff. Manda. Resp. Hoc quoque speciale est in mandato, quòd so-
lus mandarius re integra renuntiare possit mandato, quando videlicet
commodum adhuc est mandatori mandatum per alium explicare: sicut
& mandatori licet re integra reuocare mandatum, vbi nihil adhuc cœpit
perere mandarius. *d. §. fina.* Ratio est, quia actio mandati tum demum
competit, quando cœpit interessè mandantis. Atqui vbi renuntiatur man-
dato re adhuc integra, mandantis nihil interest, ideoque locus est renun-
tationi. *l. si procuratorem §. §. mandati. ff. Manda.*

Tertio obijcitur, quòd licet in deposito & precario conuenerit, ne li-
cet ante certum tempus depositum vel precarium repetere, tamen non
stante ista conventionione, nihilominus vbi commodum fuerit deponen-
tem vel precario danti, reuocabitur depositum vel precarium. *l. 1. §. penul. ff.*
de. l. cum precario. 12. ff. de praec. Resp. Hoc fit ideò, quia hæc conuentio est
contra naturam depositi vel precarij. Ideoque ei non est standum, cum
posita contra naturam contractus apposta de iure non subsistant. *l. cum*
na sata. 80. §. ult. ff. de cont. emp. l. vbi ita 27. ff. de dona. caus. mort. Atqui
natura

natura depositi & precarij est, vt ad arbitrium deponentis, vel precarij dantis renocentur.

Quarto obijcitur, quòd in contractibus innominatis, licet ei qui impleuit à sua parte contractum, pœnitere, & discedere à contractu. *l. 3. §. 1. ff. de cond. ob. caus.* Resp. In ijs contractibus id tacitè agi videtur, vt quam diu res ob quam quid datum est, ab altera parte non sequatur, repetitū dati sit. *l. 1. in si. ff. de rer. permut.* Is verò qui quid accepit ex contractu innominato, pœnitentia sua non potest à contractu recedere. *l. si pecuniam. 1. princ. & ibi gl. ff. de cond. ob. caus.* quam approbat Salice. in *d. l. sicut.* Ratio autem diversitatis, quare citius dissolvantur contractus innominati pœnitentiam, quam nominati, hæc est, quia sicut ad initium seu productionem sunt debiliores contractibus nominatis, ita quoque ad existentiam seu firmitatem sunt imbecilliores. Cynus ad *l. sicut. nu. vlt. C. de obl. c. act. Gl. magistralis & elegans in d. l. si pecuniam. in verb. sed cum liceat pœnitere. ff. de condit. cau. dat. & c.* vbi dicit, quod sicut contractus innominati sunt debiles in contrahenda obligatione, ita & in retinenda.

ASSERTIO XXXIV.

*In actionibus mixtis aut pœnalibus, si plures deliquerint,
quod vnus præstitit pœnæ nomine, non
liberat alios.*

CERTISSIMA hæc est iuris regula, quæ probatur in *l. pen. & vlt. ff. de qu. cum qui in ius voc. litem Mela. 11. §. si plures. ff. Ad l. Aquil. l. 7. §. vlt. cum seq. ff. de iurisd.* Idque rationem manifestam habet, ne scilicet vllius delictum vllō modo maneat impunitum.

Obijcitur *l. illud 32. ff. Ad l. Aquil.* vbi dicitur, si familia alicuius domi furtum fecit, vel damnum dedit, non plus familiæ nomine præstatum quam si vnus deliquisset. Sed hoc idè receptum est, quia hoc vnum factum, id est, vnus hominis intelligitur. Quod non similiter procedit in actione iniuriarum, & alibi corrupti, in quibus delictis à familia commissis, dominus tenetur pluribus actionibus. *l. 9. ff. de iurisd. l. si plures 34. ff. de iniur.* Ratio diuersitatis est, quia actiones furti & legis Aquiliæ pro damno pecuniario intenduntur, quod si semel dominus dependat, obligationi satisfecit. In actione verò iniuriarum, & alibi corrupti, vindicatu contumelia, quæ eò grauior est, quo à pluribus infertur: ideoque plura facta intelliguntur, non vnum. Cuiac. *lib. 8. Obs. c. 20.*

Secund

Secundò obijcitur *l. 1. §. si plures. ff. De eo per qu. fac. erit.* Sed ea actio id quod actoris interest, persequitur, non meram pœnam. *l. 3. ff. eo.* Mera pœna sæpius à diuersis exigitur, id quod interest non nisi semel.

Tertiò aduersatur *l. item si cum 14. §. si. ff. Quod met. cau.* ubi vno ex pluribus metum inferentibus, soluente pœnam, vel rem metu ablatam restituente, cæteri liberantur. Resp. Hæc est natura actionis quod metus causa, vt non competat in quadriplum, nisi in eum qui restituere iubetur rem metu ablatam, & non parat. Vnus igitur si rem præstiterit ante sententiam, cæteri liberantur. Idem est si quaruplum præstiterit ex sententia: nam in quaduplo inest res metu ablata, qua præstita, nihil eius interest, qui metum passus est, igitur consequens est cæteros liberari. Atqui regula loquitur de ijs actionibus, quæ pœnales sunt ab initio: hæc dantur in singulos, nec sufficit, si vnus pœnam soluit. *d. l. 7. §. ult. & l. seq. d. l. si plures. Iuliac. & Baro ad d. l. item si cum. §. fina. ff. Quod me. caus.*

ASSERTIO XXXV.

*Quoties concurrunt plures actiones vnius rei nomine,
vna tantum quis experiri debet.*

TRADITUR hæc regula in *l. nemo 43. §. 1. de R. I.* Quæ vt melius intelligatur, sciendum est alias actiones rei persecutorias esse, alias pœnales, alias mixtas, id est, tam rei quàm pœnæ persequendæ causa comparatas. *§. sequens. Inst. de act.* De rei persecutorijs prodita hæc est regula.

Quoties plures actiones eiusdem rei nomine concurrunt, vna tantum quis experiri debet: id est, quoties concurrunt plures actiones rei persecutoria, ex vna eademque causa & obligatione descendentes, toties vna lecta altera perimitur. Sic enim quando quis cum seruo, qui negotiatur in merce peculiari, contrahit, concurrunt actio de peculio & tributoria, quarum vna electa ad aliam regressus non datur. *l. quod in herede 9. §. 1. de trib. act.* Sic si mihi tecum societas sit, & res ex societate communes, & quam impensam in eam fecero, quosque fructus ex his rebus perceperis, vel pro socio, vel communi diuidendo actione consequar, & altera actione alteram tolli Proculus ait, in *l. pro socio 38. §. 1. ff. Pro soc.* Sic in tutela, & vna causa & obligatione duas actiones nasci constat: & ideò si tutelæ fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest, siue contra, tutelæ actio quoad istam speciem perempta est: *l. 1. §. pen. ff. de tut. & rat. distr.*

. Iii

De pœna-

De pœnalibus actionibus prodita est illa iuris regula, quæ habet: Nunquam actiones pœnales de eadem re vel pecunia concurrentes, alia aliam consumit: *l. nunquam 130. ff. de R.I.* Quæ regula cum hac distinctione accipienda est: Aut enim pœnales sunt, quæ ex pluribus factis & delictis descendunt; aut pœnales sunt, quæ ex vno facto & delicto proueniunt. De pœnalibus, quæ ex pluribus factis & delictis oriuntur, vera est regula, quod scilicet alia ab alia non consumitur, veluti si quis eundem hominem surripuerit, surreptum verberauerit & occiderit, hic actione furti, iniuriarum, & *l. Aquiliæ* efficiater conueniri poterit. *l. 2. ff. de priua. delict. l. si seruus 27. ff. Ad l. Aquil.* Item si quis alienam ancillam surripuerit & flagitauerit, id est, stuprauerit, & ita corrumpit, serui corrupti, & furti agi potest. *d. l. 2. l. qui seruum 33. in princ. ff. de obl. & act.* Idque ob hanc rationem, quod nunquam plura delicta concurrentia faciunt, vt vllius impunitas detur, neque enim vnum delictum ob aliud minuit pœnam. *d. l. 2. l. qui seruandarum 14. §. 1. ff. de præsc. ver.*

Tertia regula. In pœnalibus actionibus pluribus, quæ ex vno facto & delicto proueniunt, vnius actionis electione altera consumitur, nisi quid in altera pluris sit. Veluti si quis furtim arbores ceciderit, aduersus eum & lege Aquilia, & arborum furtim cæsarum agi potest. *l. 1. ff. Arb. furt. cas.* Sic si quis rem rapuerit, & furti, & vi bonorum raptorum tenetur: *l. 1. ff. Vi bo. rap.* Sic si quis alienum seruum iniuriosè verberauerit, ex vno facto incidit & in legem Aquiliam, & in actionem iniuriarum. *d. l. qui seruum. in princ.* Quibus casibus vna actione, non omnibus contendendum est. *l. plura 52. ff. de obl. & act.* nisi fortè post eam inchoatam quæ minus continet, intendat eam quæ plus continet, quod fieri potest tantum in eo quod plus est. Veluti si prius egeris cum raptore furti nec manifesti in duplum, superest actio de bonis raptis in id quod amplius in ea est. Si verò prius egeris bonorum raptorum, consumitur actio furti nec manifesti.

Quid verò dicendum est, si concurrat actio pœnalis cum rei persecutoria? quo casu rursus distinguendum est. Nam pœnalis aut merè pœnalis est, aut mixta. Si merè pœnalis concurrat cum rei persecutoria, altera alteram non tollit. Sic enim actio furti non tollit conditionem furtiuam. *l. si pro fure 7. §. 1. ff. de cond. furt.* nec actionem depositi. *l. si sacculum. ff. de pos. neque locati. l. 24. ff. loca.* Sin autem est mixta pœnalis, consumitur altera, si modo ea intentetur actio, quæ continet quod plus est. Sic enim actio vi bonorum raptorum consumit conditionem furtiuam. *l. 10. §. 1. ff. de cond. furt. §. 1. Inst. vi bo. rapt.* Sed si prius egeris conditione furtiua contra raptorem, superest actio vi bonorum raptorum in triplum. *l. pen. ff. Vi bo. rap.* Similiter actio in factum de calumniatoribus, quæ datur in quadruplum,

duplum, contra eum qui pecuniam accepit, ut mihi per calumniam litteram moueret, conditionem ob turpem causam impedit. *l. in heredem. §. 1. ff. de calum.* Sic actio legis Aquiliae actionem commodati consumit. *l. unde queritur 7. §. 1. l. in rebus 18. §. 1. ff. Commo. & denique actio quod metus causa rei vendicationem extinguit, l. metum 9. §. licet. ff. Quod met. cau.* De concursu actionum vide eleganter differentem Cuiac. lib. Obs. 8. c. 24. & Hotom. in illust. quest. c. 27. Vincent. Cabotium. lib. 1. disput. iur. c. vlt.

ASSERTIO XXXVI.

*Heres ex contractu defuncti ob dolum tenetur in solidum,
ex delicto defuncti tantum in id, quod ad
eum peruenit.*

EX dolo defuncti in delictis commissio heres non tenetur, nisi lis cum defuncto fuerit contestata, vel ad heredem aliquid peruenierit: *l. vnic. C. Ex delict. defun. l. 1. ff. de priua. deli. l. in heredem. ff. de calum. l. sicut poena. ff. de R. I.* Ex dolo autem à defuncto in contractibus commissio heres obligatur in solidum, etiamsi ad eum nihil peruenierit. *l. ad ea 157. §. fi. de R. I. l. ex parte 121. §. vlt. de V. O. l. hominem. §. 1. ff. de pos. l. ex depositi. ff. de obl. & act.*

Priori parti aduersatur *l. in conditione 9. ff. de cond. furt.* ubi dicitur, quod heres furis conuentus conditione furtiua, non quatenus ad eum peruenit, sed in solidum tenetur. Resp. Ab hac decisione excipitur heres furis, qui conditione furtiua conuenitur: contra eum enim datur hæc conditio in solidum. Rationem reddit Bart. in *l. 2. ff. de priua. delict.* ut compescatur furorum frequentia, hoc specialiter odio furum esse constitutum, cum in alijs actionibus ex delictis, heredes tantum teneantur, in quantum locupletiores facti sunt.

Secundæ parti refragatur *§. aliquando. Inst. de perp. & temp. act.* ubi dicitur, fieri aliquando ut ex dolo defuncti contractus heredem non teneat, si nihil ad eum peruenit. Resp. Hoc tantum fit aliquando, scilicet in actione depositi, quod ruinæ, tumultus, incendij, naufragij causa depositum est, quæ actio in duplum non datur ex dolo defuncti in heredem, sed in simplex tantum, quatenus ad eum peruenit, quia hæc actio pœnalis est. *l. 18. ff. de pos. §. sequens. vers. planè. Inst. de act. Cuiac. ad d. l. ex ea parte. §. fin. ff. de V. O. Con-
trarius ad d. §. aliquando. Inst. de perp. & temp. act.*

ASSERTIO XXXVII.

*Diuerſitas reſponſionis non vitiat ſtipulationem, ſi eſt in
quantitate: ſed diuerſitas in qualitate & forma
ſtipulationis, vitiat ſtipulationem, niſi
accedat complacentia.*

QUOTIES diuerſitas eſt in ſtipulatione, & reſponſione, ſiquidem eſt in quantitate, vel in ſumma, non in totum inutilis eſt ſtipulatio, ſed valet in concurrente quantitate. Si verò diuerſitas eſt in qualitate vel cauſa obligationis, vt ſi alternatio, conditio, vel dies adiſciatur, ſeu detrahatur ſtipulationi, in totum inutilis eſt ſtipulatio, niſi diuerſitas reſponſionis ilico ſtipulanti placuerit, tunc enim conualeſcit nouo conſenſu. *l. 1. l. inter 83. §. ſi ſtipulante. l. ſi ita 109. ff. de verb. obl.* Nam regula quæ in *d. l. 1. §. cum adiſciatur*, ponitur, quoties aliquid adiſciatur vel detrahatur ſtipulationi, vitari obligationem, niſi ilico diuerſitas reſponſionis placeat ſtipulanti, ad præcedentes caſus legis pertinet, in quibus in forma ſeu qualitate ſtipulationis variatum eſt. Subiungit enim Vlpia quòd alia ſtipulatio per nouum conſenſum contracta intelligatur. Quod in diuerſitate ſummarum dici non poteſt, cum minor ſumma ſemper contineatur ſub maiori, & diuerſitas non ſit in concordante ſeu minori ſumma. In ſummis itaque valet ſtipulatio pro minori quantitate, abſque nouo conſenſu. *d. l. ſi ita.* vbi dicitur, quòd in ſummis ſemper ſponderi videtur quod minus eſt: vt ſi ſtipulanti decem, viginti promittatur, ſtipulatio erit contracta in decem. & *d. l. inter. §. ſi ſtipulante*, vbi additur elegans ratio, quod ſemper in ſummis id quod minus eſt, ſponderi videtur. Non opus eſt ergo vt complacentia inter ſtipulantes accedat, vbi diuerſitas ſummarum in ſtipulatione verſatur.

Opponitur §. *preterea. Inſt. de inut. ſtip.* vbi æquiparat Imp hæc ſtipulationes, & ait ſimpliciter inutiles eſſe, ſiue diuerſitas fuerit in quantitate, ſiue in qualitate, ſeu cauſa ſtipulationis. Reſp. quòd Imp. in Inſtitutionibus, quæ ſunt prima iuris elementa, ſubtiliores diſtinctiones ſæpè omiſit, ad faciliorem tyronum captum. Inſtitutum enim fuit Imp. in Inſtitutionibus capita rerum tantum attingere, exceptionibus in latiores Diſtorum libros reiectis. Itaque quòd dicitur in *d. §. preterea, ſi ſtipulanti x promiſſor reſpondeat V. inutilem eſſe ſtipulationem*, hoc ſupplendum

lum est ex l. 1. §. si stipulanti. ff. de V. O. quod inutilis sit stipulatio quoad decem, quia non responsum est ad decem, sed tantum valet quoad quinque. Nam hæc stipulatio, promittis decem, resolvitur & recidit in duas, scilicet in quinque, & quinque, & ad alteram tantum responsum censetur, ad alteram non. Illa utilis est, hæc inutilis. §. quod si quis sibi s. Inst. de inut. stip. neque utilis stipulatio per inutilem vitatur. c. vtile. de R. I. in 6. d. l. 1. §. sed si mihi. de V. O. Duarenus ad d. l. 1. Contius ad d. §. praterea. Inst. de inut. stip.

Obiicitur secundò l. si decem. Inst. loca. vbi dicitur, quòd si in locatione sit diuersitas in quantitate mercedis, nihil actum videri, vt si locator existinauerit se domum locare viginti aureis, conductor se decem conduxisset. Resp. In contractu lucratiuo, utputa in stipulatione, diuersitas quantitatis non vitiat contractum in totum, quia quicquid stipulator habet, in lucro est: sed in contractu oneroso propter diuersitatem pretij vitatur totus contractus, ne alteruter contrahentium in damnum incidat. Castren. ad d. l. 1. §. si stipulanti. in fi. De hac questione, an diuersitas responsionis in quantitate vitiet stipulationem eleganter & perspicue dissertit Francisc. Sarmientus. lib. 6. select. interp. c. 3. Consultendus & eruditissimus Corasius. ad l. 1. §. si stipulanti. nu. 2. & 3. ff. de V. O. qui prædictam solutionem supra à me illatam tueretur & approbat, necnon Facenius à Vacuna. lib. 5. declar. iur. civil. p. 71. vbi omnium elegantissimè scribit.

ASSERTIO XXXVIII.

*Stipulatio impersonaliter concepta, dabis? dabuntur:
promittis? promittuntur, utilis est.*

Q UÆSITVM est à DD. an ista stipulatio valeat, dabis? dabitur, & Bart. communisque interpretum schola eam valere negat. Quibus cum Raphaële Cumano, Alciato, aliisq; melioribus rationibus nitentibus, consentire non possum. Verius itaque & probabilius est, quòd stipulatio impersonaliter concepta, hoc modo, dabis? dabuntur, promittis? promittuntur, valida & efficax de iure censeatur: quod inter alia Plauti loco citato comprobatur Alciatus lib. 2. Parer c. 18. in quo ita legitur concepta stipulatio, dabis? dabuntur, quæ perinde valet, ac si dixisset, dabo. Verba Plauti in Pseudola ita habent. Nullum periculum est quod sciam stipularier, te concepisti verba, Viginti minas dabis? Dabuntur, hoc igitur quidem certum est haud malè. Comprobatur hæc assertio ista ratione, quòd in stipulatione præcedat interrogatio, secundum quam responsio interpre-

tanda & accipienda est. *arg. §. praterea. Inst. de inut. stip.* ita ut persona in interrogatione expressa, in responsione repetita videatur. *l. si sine. 9. §. qui interrogatus. ff. de interrog. in ius fac.*

Nec obstat, quod dicitur in *Auth. si quando. C. de const. pecu.* non obligari eum qui ita constituit alieno nomine, satisfaci? satisfiet, verbo impersonaliter prolato, quia eadem impersonalitas vitiat stipulationem. Temporis enim diversitas facit (veluti si stipulanti, 'promittis? respondeat, promittentur) ut persona in interrogatione expressa, in responsione repetita non videatur. Idque propter responsionem incongruam, cum alter de presenti quærat, alter de futuro respondeat. Sic in constituto si quærat, satisfaci? & respondeatur, satisfiet; constitutum non valet. *d. Auth. si quando: secus si respondeatur, satisfit, modò animus constituendi adsit.* Scitè Cuiac. IC^{torum} nostri temporis princeps & coryphæus *ad l. 5. in fi. ff. de ver. obl.*

Postremò non obstat, quod IC. Paulus respondit in *l. si ita 26. §. Chrysogonus. de ver. obl.* in stipulationibus personam nunquam intelligi, nisi exprimatur; quia hoc locum habet, cum duæ sunt distinctæ stipulationes, una sortis, altera usurarum: tunc persona in una stipulatione nominata, non comprehenditur in alia. Itaque rectè Paulus in *d. l. si ita*, respondit, quòd in accessoria sequenti stipulatione non potest dici repetita persona, quæ in stipulatione rei principalis expressa est. Ratio est, quia sunt duæ stipulationes, una sortis, altera usurarum. *l. centum. ff. De eo quod cer. lo.* Vide Godeum *de contrah. stipul. cap. 4. conclus. 3.*

A S S E R T I O XXXIX.

*Ex stipulatione alteri facta, non acquiritur actio,
nisi stipulantis intersit.*

ALTERI inutiliter stipulamur, nisi intersit nostra. *l. 3. & l. ult. C. de inut. stip. §. alteri. Inst. de inut. stipulat. l. stipulatio ista 38. §. alteri. ff. de verb. obl.* ubi additur à IC. Vlpiano elegans huius axiomatis ratio, 'quod inuentæ sunt huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi acquirat, quod sua interest. Cæterum ut alii quid detur, nihil interest mea. Verùm singulare est in mutuo, ut per liberam personam alteri acquiri possit condictio, si quis pecuniam alieno nomine credidit, ob frequentem & crebrum huius contractus usum, tunc enim illi cujus nomine pecunia mutuò data est, etiam ignoranti & absenti quæritur actio ex mutuo

nutuo scilicet condictio certi *l. si ita stipulatus* 126. §. Chrysogonus. ff. de verb. bl. *l. si absentis* 4. C. Si cert. per. Alteri inquam cuius nomine data est mutua pecunia, dabitur directo condictio ex numeratione seu mutuo, *l. certi*. §. si ummos. ff. de re. cred. Ex eadem causa acquiritur etiam nobis per alterum hypothecaria actio, si pignus pro mutuo datum sit. *l. 2. C. Per qu. pers. no. q. obl.* Sed hoc tantum in mutuo obtinet, alioqui non acquiritur nobis actio per liberam personam nostro nomine contrahentem. *l. solutum, per liberam*. ff. de pig. act. Sunt tamen singulares aliquot casus norandi, quibus alteri per alterum ex stipulatione acquiritur. Primus est, si aliquis mihi super re mea stipuletur. *l. pen. C. ad exhib. l. quod procurator* 68. ff. de procu. *l. si cum venderet* 13. ff. de pig. act. Secundus est, quando quis super re sua, quæ sua manet, alteri stipulatur. *l. Publica in princ.* ff. de pos. fac. d. *l. penult. C. ad exhib.* Tertiò in donatione & dote usurpatum est, ut alteri stipulatio facta utilis sit. *l. quoties. C. de dona. sub mo. l. Caius* 45. Solut. matr. Quartò ex stipulatione tutoris quæritur utilis actio pupillo. *l. 2. ff. Quan. ex c. tuto.* Quintò in personis publicis, ut tabellionibus seu Notariis, obnet, ut alii utiliter stipulentur. *l. 2. ff. Rem. pup. sal.* Sextò ex stipulatione procuratoris singulari privilegio militi quæritur actio *l. si pecuniam* 26. ff. de cred. Aliàs procurator non acquirit actionem ex suo contractu domino, nisi ei à procuratore cedatur. *l. possessio* 49. §. ult. ff. de acq. poss. Si tamen presente domino ei stipuletur, acquirit ei, nec cessione opus est. *l. si procuratori* 79. ff. de V. O. Septimò in omnibus casibus, qui ad liberandum pertinent, domino quæritur per procuratorem. *l. rescriptum. §. ult. ff. de pact.* Ultimò in iudiciis siue iudicialibus & prætoriiis stipulationibus perpetuum est, ut alteri per alterum quærat. *l. 27. in fi. & l. 28. ff. de procur.* Obiicitur contra hanc assertionem tale argumentum. Alterius conditionem etiam inuiti & ignorantis licet meliorem facere. *l. soluendo* 39. ff. de reg. gest. Ergo & alteri stipulari possumus. Resp. Idèd alii non possumus stipulari, quia non licet nobis paciscendo vel stipulando alterum obligare, vel onerare, si nostra non intersit. Quod hoc casu, quo alteri stipulamur, ut aliquid vel fieri, accidit.

ASSER-

A S S E R T I O X L.

*Promittens se curaturum, quod alius dabit vel faciet,
rem effectui dare tenetur. contra communem*

DD. opinionem.

DI GLADIANTVR acriter interpretes, ad quid teneatur, qui promittit se curaturum, vel effecturum, vt alius det vel faciat. Communis & recepta est DD. sententia, eum à promissione liberari, si tantam adhibeat rei conficiendæ curam, quanta adhiberi potest. Ita tradunt Bart. conf. 236. Maran. disput. 2. num. 20. 23. & 27. vbi dicit, in practica hanc opinionem seruari, licet in puncto juris obtineat contrarium Wesem. ad §. si quis alium. Inst. de iur. stip.

Alciatus verò, Zazius & Cuiacius post Lasonem in l. stipulatio ista 38. ff. de verb. obl. existimant promissorem ad effectum præcisè teneri, nec liberari præstando omnem diligentiam, si in vanum laborauerit. Itaque si effectus non sequatur, promissor ad id quod interest, condemnabitur, vel ad pœnam, si pœna sit stipulationi adiecta. Quæ sententia confirmatur per l. ult. §. ult. ff. de reb. cred. vbi dicitur, quod qui promittit se curaturum decem dari, non aliter liberatur, nisi locupletem & idoneum reum præstet, qui pecuniam numerare possit. Curare enim significat, cum effectu aliquid præstare, & sic rem agere, vt sequatur effectus. Sic Cicero sæpè in epistolis. Curare pecuniam, id est, præstare & adnumerare. Facit plurimum ad confirmationem huius sententiæ l. sancimus. 26. C. de fideius. vbi deciditur, quod qui promittit aliquem iudicio sisti, sub pœna, & non potest eum repræsentare, tenetur soluere pœnam, si intra semestre eum non sistat. Itaque difficultas facti non excusat à pœna seu interesse.

Obiicitur, quod difficultas excusat promissorem in obligationibus faciendi. l. si vehenda. §. 1. ff. Adl. Rhod. de iur. Vbi qui promiserat se traiecturum ad certa loca maris, & non potuit traicere, impeditus tempestate maris, excusatur. Resp. Aut iste qui promittit se curaturum, vt aliquid fieret, non potuit impedimentum, quod postea contigit, præuidere, vt puta si nauis insolitis & inusitatis quibusdam tempestatibus impeditus, non potuit ad locum præscriptum peruenire, & tunc excusatur. l. fistulus. §. fin. ff. de cont. emp. Aut potuit casum seu impedimentum præuidere, & tunc difficultas à pœna eum non excusat. Hanc distinctionem tradit & comprobatur Zazius add. l. stipulatio ista. 38. in princ. ff. de V. O. Approbat & laudat hanc sententiam

sententiam *Fachin. lib. 3. contro. iur. c. 20.* Vnde recte notat *Zazius ad d.l. stipulatio ista, ff. de V. O. in princ.* quod promittens se curaturum, ut aliquis puta soror aut frater renuntiet hereditati, rem effectui dare tenetur. Quod applicat ad talem pulchrum casum. Quidam nobilis dum contraheret matrimonium cum aliqua muliere, promisit fratribus, se effecturum, quodcumque moreretur, quod vxor sua renuntiet hereditati paternæ. Post certos annos vnus ex fratribus monuit nobilem, ut curaret sororem renuntiare, dixit se curaturum, & adhibuit omnem diligentiam, multa pollicendo ut renuntiaret, sed ipsa noluit; Alter dicebat, tu cogeris præstare hanc promissionem. Pro qua parte consuluit *Zazius & obtinuit. fac. d.l. sancimus. C. de fideius. Zazius ad d.l. stipulatio 38. in princ. nu. 21.*

ASSERTIO XLI.

In obligationibus facti promissor ad factum præcisè cogitur.

PROBATVR hæc sententia varijs legibus, puta per *l. fideicommissa. §. fin. de leg. 3.* vbi heres qui iussus est opus facere Reipub. præcisè ad factum compellitur, neque liberatur pecuniam dando Reipub. ut ipsa opus faciat. Ratio est, quia interest creditoris, factum potius à promissore, quam ab alio impleri, quia magna est inter artifices differenria. *Inter artifices. ff. de solut.* Idem obtinet in obligationibus, quibus ad restituendum quis tenetur. *l. qui restituere. ff. de rei vend. l. 3. §. heres ff. Commod.* Probatur etiam hæc decisio per *l. hereditatem 28. ff. de donat.* vbi filia, cui pater hereditatem sibi elictam donauit, tenetur creditoribus hereditariis satisfacere, & ad hoc cogitur actione præscriptis verbis. Proinde magis cogeretur ipsa filia, si actum promississet, quia potentior est dispositio seu prouisio hominis quam legis. *l. ult. C. de pact. conuent. tam sup. dote.*

Obiicitur *l. si quis ab alio 11. §. ult. ff. de re iud.* Vbi qui stipulanti damni in-
ecti nomine, promisit se prohibiturum, ne quod ex ea re damnum sti-
ulator patiatur aut faciat, si hoc non facit, tenetur tantum in id quod
interest, Idemque in omnibus facti obligationibus seruari adiicitur.
*stipulationes non damantur 72. ff. de verb. obl. l. quoties 81 in princ. & §. 1. l. si quis sti-
latus 112. §. 1. ff. eod. §. fin. inst. de V. O. l. fin. ff. de prat. stip. Resp.* In illa l. debitor
uit in mora faciendi, quo casu liberum est creditori agere ad id, quod
ia interest propter moram. Ideoque debitor qui fuit in mora faciendi,

K k k

in pe-

in pecuniam condemnatur. Si verò mora in faciendo non erat commissa, sed res integra erat, & factum adhuc præstari poterat, tunc debitor districtè ad factum compelli poterat. Ratio decidendi est, quia ut debitor præstando interesse ab obligatione facti eximatur, hoc non in fauorem debitoris morosi, cuius mora impunita esse non debet, l. 3. §. fin. ff. de usur. sed in gratiam creditoris receptum est, ut si non interfit sua amplius post moram fieri, aut factum non possit à debitore impleri, hoc non cedat damno creditoris. Itaque adhuc liberum erit creditori vel debitorem ad factum urgere, si in ejus potestate est implementum, vel post moram interesse petere, si hoc creditor maluerit sibi præstari. Quod apertè ostendit l. stipulatio 21. §. penult. ff. de no. op. nunc. Vbi dicitur, quod si is qui novum opus fecit, condemnatus est ad opus cæptum destruendum, esse in electione actoris, utrum præcisè conveniat reum ad factum, hoc est, ad restitutionem vel demolitionem operis, an verò ad interesse præstandum. Idem probat l. sed & he 35. §. ult. ff. de procur. Hæc fuit sententia Martini veteris glossatoris & Cyni, accuratè confirmata à Corasio lib. 2. Misc. c. 3. & Cuiacio ad l. 2. §. item si in facto. & l. 72. ff. de V. O. Dissentit Godæ. ad tit. de contr. stip. cap. 9. conclus. 4. nu. 30. 31. 32. & seqq. Gomez. in var. resolut. tomo. 2. cap. 10. num. 22. vbi tamen octo casus recenset, in quibus promissor in obligatione faciendi præcisè tenetur facere. Postremò notanda est in hoc articulo æquissima distinctio tradita à Tobia Nonio, ad §. ult. nu. ult. Inst. de V. O. vbi ita distinguit. Aut debitor non potest id quod promisit facere, & tunc præstando interesse liberatur, quia impossibile nulla est obligatio l. impossibile ff. de R. I. Aut potest debitor facere id, quod promisit, & tunc creditor, si voluerit, præcisè eam ad factum cogere poterit. Si verò voluerit interesse petere, hoc ejus arbitrio relinquitur. per d. l. stipulatio 21. §. pen. ff. de no. op. nunc. vbi ad hoc est tex. expres. dum inquit I. C. Si in res judicata sit, stipulatio in id committitur, ut res vel opus factum boni viri arbitrio restituatur. Quod si ita restitutum non erit, quantica res erit, tantam pecuniam dabit, si hoc creditor maluerit.

ASSER-

ASSERTIO XLII.

*Ex contractu procuratoris domino non acquiritur
actio, sine cessione.*

TRADITVR hæc assertio in *l. possessio 49. §. vlt. ff. de acq. poss.* qui textus semper ad hoc allegatur, quòd non competat actio ex contractu procuratoris domino, nisi ei cedatur. Vt puta si procurator rem emerit ex mandato domini, & traditam accepit, re euicta, domino actio de euictione non aliter competit, quam si procurator ei cesserit actionem ex empto vel ex stipulatu, cumque fecerit procuratorem in rem suam. *l. si procuratorem 8. §. vlt. ff. Mandat.* Verùm omninò cogitur procurator domino actionem cedere; cogitur inquam actione mandati, quia id exigit mandati fides.

Obijcitur *l. 1. & 2. C. Per quas perso. no. acqu.* vbi deciditur, quòd ex contractu mutui inito à procuratore nomine domini, acquiritur domino conditio certi sine cessione; & si pro mutuo pignus datum sit procuratori, acquiritur quoque domino per procuratorem actio hypothecaria sine cessione. Resp. Hoc singulari iure receptum est in pecunia credita, utilitatis ratione, quemadmodum & multa alia singularia circa mutuam pecuniam recepta sunt, ob crebrum & necessarium vsum mutui. *l. singularia. ff. de reb. cred.*

Secundò aduersatur *l. quod procurator 68. ff. de procur.* & *l. Iulianus 13. §. si procurator ff. de act. emp.* in quibus traditur, quòd domino ex contractu procuratoris etiam sine cessione acquiritur actio. Resp. Ibi super rebus domini procurator contraxit, & actionem acquisiuit. Quoties autem procurator ex re domini, vel circa rem, vel super re eius contrahit, toties acquiritur domino actio sine cessione, etiam invito procuratore. Vnde si procurator vendidit rem domini, quaritur actio ex vendito domino sine cessione, & de hoc est casus in *d. l. Iulianus. §. si procurator.* Similiter si res domini deposita vel commodata sit per procuratorem, pactusque sit procurator domino eandem rem restitui, dabitur ex æquitate domino utilis actio depositi vel commodati sine cessione. *l. penul. C. Ad exhib. l. Publica 26. ff. de pos.* Ita tradunt Bart. Castren. in *d. l. possessio. §. fin.* Illud tanquam singulare bene est notandum, quod si aliter dominus rem suam servare non possit, tunc etiam ex contractu procuratoris domino detur actio exemplo institutoris. *l. 2. §. de inst. act.* vbi dicitur debere domino qui institutorem preposuit alicui negotiationi

tiationi dari actionem, contra eos qui cum institore contraxerunt, si modò aliter rem suam servare non potest. *l. in omnibus 5. ff. de prator. stipul. cui coniungenda est l. damni 18. §. vlt. ff. de dam. inf.* Ita notat eleganter Cuiatius *Istorum nostri temporis princeps & coryphaeus ad l. si procurator 79. ff. de verb. obl.*

A S S E R T I O XLIII.

Stipulatio sine verbis inter praesentes prolatis, contrahi non potest, & per epistolam non rectè contrahitur.

AD substantiam & solennitatem stipulationis verba sunt necessaria. Stipulatio enim contrahi non potest nisi utroque loquente, & altero alterum exaudiente & intelligente. *l. 1. in princ. & §. vlt. ff. de V. O.* Hinc stipulatio definitur verborum conceptio, quibus is qui interrogatur, daturum facturumve se id quod interrogatus est, respondet. *l. 5. ff. eo. id est, Stipulatio nihil aliud est, quam verborum conceptio, quae ex interrogatione & responsione constat. Indeque est, quod inter absentes stipulatio neque per literas, neque per nuncium contrahi potest. §. Item verborum. Inst. de inut. stipul.*

Obijcitur *l. ea quae 57. ff. de dona. int. vi. & vx.* ubi utiliter per epistolam stipulatio contracta inter coniuges censetur. Resp. quod inter absentes contrahi stipulatio per epistolam non potest, sed legitimè inter praesentes contracta stipulatio, literis veluti cautionibus mandari potest. *l. Titia 134. §. penult. ff. de verb. obl.* Itaque stipulatio fuit ibi prius inter praesentes contracta, sed postea in epistolam collata est, ut facilius per scripturam probaretur. *l. Publia 26. §. vlt. ff. de pos. Bart. & Zaz. in d. l. 1.*

Secundò obijcitur *l. obligamur 52. §. vlt. ff. de obl. & act.* ubi dicitur, quod etiam nudus consensus sufficit ad obligationem, licet verbis explicari possit. Resp. Illic agitur de obligationibus quae consensu constant, quae nullam proprietatem, id est, verborum necessitatem, vel solennitatem desiderant. *l. 2. ff. de obligation. & act.*

Tertiò obijcitur *l. 1. in princ. C. de rei vx. act.* ubi Iustinianus fingit intercessisse stipulationem dotis, licet nulla verborum conceptio interveniret. Resp. Iustinianus non ait stipulationem absque verbis fieri in hoc casu, sed sicut fingit intervenisse stipulationem, ita fingit intercessisse verba, ad stipulationem necessaria, quia fictio altera sine altera non potest consistere.

Quartò

Quartò aduersatur l. 4. §. ult. ff. de fideius. tuto. vbi qui à tutore passus est se nominari fideiussorem, & nomen suum referri in acta publica, obligatur ex fideiussione, licet aliàs fideiussor non obligetur, nisi interuenerit stipulatio. Resp. Lex propter utilitatem pupillorum fingit intercessisse stipulationem, licet verborum solennitas non interuenerit.

ASSERTIO XLIV.

*Stipulatio non valet, collata in arbitrium
promissoris.*

STIPULATIO quæ confertur in arbitrium promissoris, hoc modo, Dabis si volueris; non valet, quia nulla necessitate adstringit promittentem. l. stipulatio 17. l. à Titio 108. ff. de V. O. l. sub hac 8. ff. de obl. & act. l. in vendentis 13. C. de obl. & act.

Sed obijcitur l. centesimis 46. §. ult. ff. eo. vbi dicitur, quòd valeat hæc stipulatio, si quis promiserit se daturum, cum voluerit. Resp. Diuersa sunt hæc, non contraria. Nam in hac stipulatione, dabis si volueris, ponitur in arbitrio debitoris an debeat, in illa, cum volueris, quando debeat. Atqui quando debeat, rectè confertur in arbitrium debitoris; an debeat, non item. l. 7. ff. de contr. emp. Hæc autem stipulatio, cum volueris, dabis; effectum habet, si promissor viuus dixerit se velle dare, etiam si eo non dato decesserit. d. l. centesimis 46. §. ult. Quòd si antequam constituerit se velle, promissor decesserit, heres eius non tenetur dare: quia voluntas ad heredem non transit, sed cum ipso promissore interit & extinguatur. l. 4. ff. loca. vbi dicitur, quòd voluntas hominis morte finitur, & ut dicitur in §. deinceps. No. de nupt. mors omnia solvit.

Verùm huic sententiæ iterum aduersatur l. xi. §. sic fideicommissum; de leg. 3. vbi dicitur, quòd si legatum relictum sit sub ea conditione, cum heres voluerit, si ante mortem non declarauerit heres voluntatem suam, tunc ab herede heredis legatum debetur. Idem traditur in l. uxorem 41. §. pen. ff. de leg. 2. vbi dicitur, si heres restituere sit rogatus hereditatem cum volet, si non restituit hereditatem in vita, tunc heres eius post mortem restituere hereditatem cogitur. Resp. Differunt hæc in re vltimæ voluntates à contractibus. Nam legatum relictum sub ea conditione, cum voluerit heres, debetur, licet heres ante mortem suam non declarauerit voluntatem suam, vel lit nec ne. Sed in contractibus, quod promissum est sub hac conditione, cum quis voluerit, non debetur mortuo promissore, antequam

K k k 3

confi-

constituat se velle. Ratio diuersitatis est, quia latior fit interpretatio vltimæ voluntatis testatoris, quam contrahentium, ne vltima iudicia defunctorum reddantur elusoria. *l. in testamentis 12. ff. de reg. iur.* In contractibus verò, præsertim stricti iuris, strictè proceditur. *l. quicquid astringenda. 99. ff. de solut.* Ita rectè post Bartolum in *d. l. centesimis. §. vlt. tradit Ioan. Robertus lib. 2. sentent. c. 12.* A quo dissentit Cuiac. in *d. l. 17. ff. de V. O. Roberti ordinarius antagonista.*

Tertiò pugnat cum hac decisione, quòd valet emtio, quæ confertur in arbitrium debitoris, hoc modo, si Stichus tibi intra certum tempus placuerit, esto tibi emtus aureis tot. *§. pen. Insti. de emp. & vend. Resp.* Idèò valet hæc emtio, quia non purè & absolutè in arbitrium debitoris seu emtoris, sed sub conditione, si videlicet emtor intra certum tempus consensum suum declarauerit. Idèoque propter adiectionem certi temporis valida est emtio, quia non habet perpetuam causam nullitatis. Postremò notandum quod hæc assertio non procedat favore dotis. Nam si aliquis promissit dare dotem pro arbitrio suo, tenetur ad dotem dandam pro arbitrio boni viri. *l. si cum ea 3. C. de dot. promiss.*

Quartò obijcitur *l. in personam 23. §. generaliter. de R. I.* vbi dicitur, vbicunque in bonæ fidei iudicijs committitur conditio in arbitrium domini vel procuratoris, pro boni viri arbitrio hoc esse accipiendum. *Resp.* Hoc intelligendum est, si accidentalialia contractus conferantur in arbitrium contrahentium, quod fieri potest & tunc viri boni arbitrium comprehensum esse censetur. *l. hæc venditio 7. ff. de cont. empt.* Substantialia autem contractus non possunt conferri in arbitrium contrahentium.

ASSERTIO XLV.

Inutilis stipulatio vim pacti non habet.

INUTILIS stipulatio neque pacti, neque constitutæ pecuniæ vim habet. Vnde si quis stipulanti adnuat, ne quidem naturaliter obligatur quasi ex pacto & consensu. *l. x. §. si quis ita. de V. O.* Vtriusque eadem est ratio, quia cum annuens voluerit stipulationem contrahere, non animo constituendi aut paciscendi, sed promittendi annuisse videtur. sed stipulatio sine verbis, hoc est, sine interrogatione & responsione congrua contrahi non potest. *d. l. x. in princ.*

Obstat vulgata iuris regula, quæ habet, Si non valet, quod ago, ut ago, valeat saltem ut valere potest. *l. sitam angusti 13. ff. de seruit.* Itaque cum in annuente sit consensus, etiam is qui interroganti annuit, ex pacto obligatur.

itur. Resp. Lex hîc præsūmit deesse consensum, quia constat contrahentes habuisse animum stipulandi: quemadmodum in simili respondit *l. i. ff. de in. cod.* eius codicillos non valere, qui cū se testamentum cere opinatus est, codicillos fecit.

Secundò obijcitur *l. an inutilis. ff. de accept. & l. si unus. §. pen. ff. de pact.* ubi citur, inutilem acceptilationem habere in se vtile pactum, & consequenter naturalem liberationem, nisi contra sensum est, id est, nisi accepto latum est sine paciscendi animo. Ergo præsūmi volunt illæ leges animum paciscendi, nisi contrarium probetur. Igitur & in inutili stipulatione prætmetur animus paciscendi, & consequenter naturalis obligatio. Resp. aliud obtinet in acceptilatione, quàm stipulatione. Inutili acceptilationi est pactum liberatorium, sed inutili stipulationi non inest pactum obligatorium. Ratio differentiae est, quia proniora sunt iura ad liberandum, quàm ad obligandum. *l. Arrianus. ff. de obl. & act.* Itaque facilius præsūmitur pactum liberatorium inesse acceptilationi, quàm pactum obligatorium inesse inutili stipulationi. Ita tradunt *Alciatus, Duarenus, Baro, Ferretus, Cuiacius ad d. l. i. §. si quis ita. ff. de verb. oblig.*

ASSERTIO XLVI.

*Notarij, alijs stipulari, ijsque actionem acquirere
non possunt, contra communem
DD. opinionem.*

COMMVNIS est DD. sententia, quòd Notarij publici stipulando ciuibus quibuscumque absentibus & præsentibus, obligationem acquirere possunt. Ita notat *Guido Pap. decis. 49. & 222.* ubi hanc sententiam Concilio Gratianopolitano comprobata fuisse refert. Quæ quidem DD. opinio passim consuetudine observatur, sed tamen iure & legibus defendi non potest.

Confirmant autem DD. suam opinionem hoc argumento, quòd serui publici alijs iure possunt stipulari, ijsque stipulando actionem acquirere: patet ex *l. 2. & 3. ff. Rem pup. sal. l. i. §. exigere. ff. de mag. conu. l. non aliter. ff. de opt.* Atqui Notarij seu tabelliones nostri temporis comparantur servis publicis. Ergo & alijs possunt stipulando acquirere. Resp. ad propositiorem, quòd hoc in pupillorum causa tantum specialiter receptum est, vt iure publicus adhibeatur ad stipulandum pupillo, idque in duobus tantum casibus. Primò cū magistratus pupilli nomine satisfactionem exigere

Gere cogitur à tutore, rem pupilli salvam fore. *d. l. 2. & d. l. 1. §. exigere.* Scindò cùm pupillus adrogatur: tunc enim & servus publicus stipulatur nomine pupilli ab adrogatore, se bona restitutum illis, ad quos pernerent, si adrogatio facta non esset. *d. l. non aliter.* Præterea falsum est, quod in assumptione ponitur, quod Notarij servis publicis comparantur; quoniam moribus nostris tabularios liberos esse constat: imò non alij ad hoc munus ex constitutionibus admittuntur, quam liberi homines. *l. 3. C. de tabulariis lib. 10.* Denique officium Notariorum est, ut res gestas à contrahentibus literis & instrumentis mandent, non verò ut alijs contrahant, ipsique actionem acquirant. Hæc egregiè contra communem DD. opinionem disputat & defendit *Donel. ad l. 38 §. alteri. num. 31. 32. & 33. de V. O.* Illa porro concors est DD. sententia, quod pios locis puta Xenodochijs, ecclesijs, orphanotrophijs, & pauperibus quilibet possit stipulari etiam verbis directis: ipsis etiam absentibus. *Bald. in l. illud. 1. colum. C. de SS. eccl. Iason in d. §. alteri. vers. Sextò limita.* Eaque sententia nititur & fundatur iusta ratione; nam favore dotis tanquam piæ causæ receptum est, ut quis stipulari possit dotem reddi extraneo. *l. Gaius 45. ff. Sol. matr.* Ergo multò magis debet huiusmodi admitti in pauperibus, & alijs pijs locis, quæ plus habent favoris. *Zaz. d. §. alteri. num. 23.*

ASSERTIO XLVI.

Promissio tam in dando, quàm faciendo consistens, transit ad hæredes.

QUANDO quis promittit se aliquid daturum vel facturum, tunc actio ex stipulatu non solum datur contra promissorem, sed etiam transit ad eius heredes. *l. 2. §. 1. & l. in executione 85. §. 1. ff. de V. O.* Atque hæc in stipulationibus dandi sine omni dubitatione procedunt. Sed illud dubitationem habet, an promissio in faciendo consistens ad heredes promittentis transeat. Et Iustinianus in *l. vlt. C. de contr. stip.* constituit, ut stipulationes faciendi etiam ad heredes promissoris transeant. Ut puta si quis promittit se insulam, cùm morietur, ædificaturum: hoc enim factum a herede promissoris impleri debet.

Obijciatur *l. centesimis 46. §. 1. ff. de V. O.* ubi dicitur, id quod in facto consistit, inutiliter in tempus mortis conferri; veluti si quis promittit se Alexandriam iturum, cùm morietur. Distinguendum. Aut factum tale promittitur, quod opus aliquod post se relinquit, puta si quis promittat si domum

omum ædificaturum; hæc promissio ab herede promissoris impleri debet. *d. l. ult.* Hæc enim promissio opus aliquod post se relinquit; quambrem quis faciat, nihil interest, dummodò opus fiat, *l. unica. §. Ne autem. de cadu. toll.* Aut factum tale est, quod nullum opus post se relinquit, & hoc ab herede nequit expleri. Veluti si quis promittat se Alexandriam venturum. *d. §. Ne autem.* Vnde & talis facti stipulatio post mortem promissoris non rectè confertur. *d. l. 46. §. 1. Cuiac. ad l. 45. ff. de V. O.*

ASSERTIO XLVIII.

Stipulatio conditionalis est, Si petiero, decem dabis?

HÆC stipulatio, Decem cùm petiero dabis? admonitionem magis quàm conditionem significat, ut promissor ea decem soluat sine mora. Ideoque si stipulator decesserit, antequam decem petat, ad heredes petitio transmittitur. *l. si decem 48. ff. de V. O.* Similiter legatarum relicta, Cùm legatarius petierit, conditionem nullam habet, sed admonitionem. *l. Titia 85. ff. de cond. & dem.* Quòd si hæc verba, Cùm petiero, haberent conditionem, tunc stipulatore mortuo priusquam peteret decem, heredibus eius nihil deberetur, ac si conditio iuncta personæ efecisset. Nam conditiones quæ continent factum cohærens personæ, et sunt petere, velle, ire, venire, ad heredes non transeunt. *l. 3. §. fin. ff. Quib. mod. usus. amitt.* Itaque si defunctus talia facta non implevit, ab herede eius perfici non possunt. *l. qui heredi 44. l. si ita expressum 69. ff. de cond. & dem. si ita legatum 65. §. 1. ff. de leg. 1.*

Aliud dicendum est in ista stipulatione, decem si petiero, dare spones? Hanc enim conditionalem esse stipulationem rectè notant *Accur. art. Castr. Alex. Doncl. & alij in d. l. si decem.* frustra repugnante *Cuiacio* ibidem. Ista enim verba, Si petiero, propriè & principaliter conditionem designant. *l. si Titius 9. ff. de verb. obl.*

Sed obijcitur, quòd tam particula *SI*, quàm *CUM*, reddant actum conditionalem. *per l. 38. §. inter incertam. ff. de V. O. & l. qui promisit 48. ff. de cond. inde.* Ergo utraque stipulatio, cùm petiero, & si petiero, conditionalis est. Resp. Hoc verum est in conditionibus, quæ extra naturam actus assumuntur. Sic erinde est, siue quis promittat, si Titius, vel cùm Titius Consul factus fuerit, vel si venero, aut cùm venero ad talem locum. Aliud verò dicendum est in conditionibus, quæ ex natura actus tacitè insunt. In illis enim particula *CUM*, ut cùm petiero, non importat conditionem. Vnde stipulatore mortuo antequam petat, tamen heredes petere possunt. Si verò dicas, si

LII

petiero,

petiero, conditionalis sit stipulatio. Ideoque conditione non impleta à stipulatore, nihil debetur eius heredibus, quia facultas implendi conditionem potestatiuam non transit ad heredes. *tex. in l. à testatore 109. ff. de cond. & dem. l. centesimis 46. §. si. ff. de V.O. Castren. & Zaz. in d.l. si decem.*

Secundò obijcitur, quod Vlpianus ait in *l. tuto. §. sub conditione. ff. de tutel.* hanc tutoris dationem, *Te tutorem do, si satisfideris*, non conditionem, sed admonitionem habere. Resp. Quod in omnibus actibus verba ita interpretanda sunt, ut actus potius valeat quam pereat, *arg. l. quories 80. de V.O.* Cum autem à magistratu tutor conditionaliter dari non possit, *d. §. sub conditione. l. actus legitimi. ff. de R.I.* hæc verba, si satisfiderit, non ut conditionalia, sed ut admonitoria accipi debent, ut tutoris datio valeat.

ASSERTIO XLIX.

Ex pura obligatione confestim debitum peti potest.

HÆc definitio, quòd ex pura obligatione, quæ diem ad soluendum non habet, confestim agi possit, expressè traditur in *§. Omnis Inst. de V.O. & l. eum qui Kalendis 41. §. 1. l. eum qui 56. §. qui ita stipulatur. ff. de co.*

Tria iuris loca huic decisioni aduersantur. Primò repugnat *§. ult. Inst. de inut. stip.* ubi dicitur, fundo aut seruo purè promisso, tantum temporis promissori concedendum esse, quo rem promissam commodè tradere possit. Resp. Idèd ibi tacitè tempus conceditur debitori ad tradendū fundum, quia tacitè ex natura stipulationis inest tempus aliquod, intra quod promissor fundum tradat. Nam cum fundus tradi debeat in eo loco ubi situs est, tacitè censetur inesse tantum temporis, quo ad locum commodè perueniri possit, in quo fundus qui tradi debet, situs est.

Secundò in contrarium adfertur *l. quod dicimus 105. ff. de solut.* Vbi dicitur, quòd debitor purè obligatus non statim cogendus sit soluere, sed moderatum aliquod tempus illi dandum est ad soluendum. Resp. Statim quidem & confestim reus ex puro debito conueniri potest, quia obligatio & actio ex contractu perfecto statim nata est; sed tamen humanitatis causa breue aliquod spacium & laxamentum debitori datur ad soluendum, *l. si debitori 21. ff. de iudic.* quia creditor non debet statim venire cum sacco paratus. Hoc autem tempus quidam duorum mensium, *ex l. debitoribus. ff. de re iud.* quidam tantum decem dierum esse putant, *ex l. promissor 24. §. 1. ff. de const. pec.* Sed tempus illud iudicis arbitrio relinqui, ut ille pro modo qualitatis personarum, & quantitatis pecuniarum hoc statuatur, rectissimè docuit Menoch. *de arb. iud. lib. 2. cent. 1. casu 27.* Quam sententiam probat *tex.*

elegans

elegans in l. in fraudem. §. fiscalibus. ff. de iure fisci. Quæ sententia probatur & hac ratione, quod quoties tempus aliquod à Lege indulgetur, nec illud in Lege determinatur, tunc hoc relinquitur arbitrio Iudicis. *l. 1. ff. de iur. delib.* Sed ei qui purè obligatus est, conceditur à lege tempus indeterminatum. *d. l. quod dicimus.* Ergo iudicis arbitrio hoc tempus definiri & determinari debet.

Tertiò obijcitur *d. l. promissor. 21. §. 1. ff. de const. pecu.* vbi dicitur, quòd si quis constituit sine die se soluturum, quòd decem dies habeat ad solvendum. Resp. In omni constituto tacitè inest dies ex edicto Prætoris. Nam verba edicti Prætoris ita habent, Si appareat, cum qui constituit, neque solvere, neque fecisse quod constitutum est, actionem de constituta pecunia dabo. *l. si duo 16. §. ait Prætor. ff. de constit. pecun.* Jam autem constare non potest, constituentem neque soluisse, neque fecisse, nisi tempus aliquod prætereat, ex quo appareat debitorem non fecisse quod constituit. Intelligitur ergo ex verbis edicti, modicum tempus inesse constituto, post quod exactio celebretur, quasi appareat, post hoc tempus non fecisse debitorem quod constitutum est. Id autem non est minus quàm decem dierum. *Cuiac. & Donel. ad l. 41. ff. de V. O.*

ASSERTIO L.

Conditionalis creditor etiam creditoris loco habetur.

EVIDENTER hæc decisio probatur in *l. creditores 10. & l. conditionales 54. ff. de V. S.* vbi dicitur, creditores esse accipiendos, quibus purè, in diem, vel sub conditione debetur.

Sed in hoc articulo occurrit antinomia inter *l. 6. & l. pen. ff. Ex qu. ca. in poss. ea.* Nam in *l. 6.* affirmatur, cum cui sub conditione pecunia promissa est, mitti posse in possessionem bonorum debitoris. Contra in *l. pen. eo. tit.* asseritur, quòd creditor conditionalis in possessionem non mittitur, quia is mittitur, qui ex edicto potest bona vendere. Resp. Distinguendum est, vtrum ex primo an ex secundo decreto in possessionem eatur. Ex primo decreto omnes omninò creditores etiam conditionales, debitorum bona possidere possunt, *d. l. 6. l. si filiofam. 11. eo. tit.* Nam ex hoc decreto nuda tantùm detentio & custodia bonorum conceditur, & interest creditorum conditionalium, caueri sibi de debito existente conditione soluendo. Vnde & cautionem de pecunia in euentum conditionis soluenda impetrare possunt, *l. 4. ff. de separa. ra.* Ex posteriori decreto creditores conditionales non mittuntur in possessionem, quia illi solum mittuntur ex secundo decreto, qui bona vendere possunt. *d. l. pen.*

Secundò aduersatur *l. si cui 42. de O. & A.* vbi dicitur, quòd is cui legatum est sub conditione, ante existentem conditionem creditor non censetur. Resp. Quod dicitur conditionalem creditorem loco creditoris censerì, hoc verum est de eo cui debetur sub conditione ex contractu, non de legatario conditionali. Nam legatarius conditionalis non habetur pro creditore. Ratio est, quia in stipulationibus alijsque contractibus spectatur tempus contractus, ideoque etsi sint conditionales, tamen assumunt vires à tempore contractus. *l. si filiusfam. 78. ff. de V. O. l. vsusfructus. ff. de stip. seru.* In legatis verò tantum spectatur tempus extantis conditionis. Vnde hæc existit differentia inter legata conditionalia & stipulationes conditionales, quòd stipulatio conditionalis per se statim consistit, & ab initio contractus substantiam accipit, & ob id in heredem transmittitur, etiamsi stipulator vel promissor moriantur ante euentum conditionis. §. *ex conditionale. Inst. de V. O.* Legata verò conditionalia à tempore existentis conditionis demum vires & substantiam capiunt. Ideoque legatum conditionale non transmittitur in heredem legatarij, mortuo ante existentem conditionem legatario, quia ante euentum conditionis nullas habet vires, *l. vnic. §. si autem aliquid. C. de cadu. toll.*

A S S E R T I O L I.

*Duo rei tenentur in solidum, etiam nouo iure
Authenticorum.*

QUANDO duo vel plures Rei promittendi constituti sunt, huius obligationis hic est effectus, vt singuli solidum debeant, & seorsim à singulis solidum peti & exigi possit, etiamsi omnes præsentès & idonei sint. Ea enim est vis & potestas obligationis duorum reorum debendi. *l. 3. §. ult. l. eandem. §. ult. ff. de duo. reis.* Verum communiter DD. tradunt, hunc effectum obligationis duorum reorum promittendi hodie mutatum esse per Nouellas constitutiones, scilicet *Auth. hoc ita. C. de duob. reis. & No. 199.* In quibus deciditur, quòd hodie duo correi debendi pro virilibus portionibus tantum conueniri debeant, non in solidum, nisi alter aut absens sit tempore iudicij accepti, aut inops, aut renuntiatum sit beneficio nouæ constitutionis. Ita communiter intelligunt DD. *d. Auth. Ferra. Cantuincula, Baro, Linus & Mins. ad tit. Inst. de duo. reis.*

Verum ab hac sententia recedunt Accur. & Cuiac. qui putant idem hodie obtinere, quod olim, & plures reos debendi etiam hodie in solidum conueniri

conueniri posse statuunt. Quorum sententia verior est, & juri magis consona. Non enim *Novel. 99.* abrogat, quòd duo rei in solidum exigi & conueniri possint, nam *d. No.* tractat tantum de reis, qui vice mutua fideiusserunt. Ita inscriptio Nouellæ habet *ὑπὲρ ἀλλήλων*, id est, de duobus reis, qui vice mutua fideiussores accepti sunt. Sententia ejus Nouellæ hæc est. Duo rei promittendi constituti sunt, ita ut singuli in solidum tenerentur, ac adiectum est, ut vice mutua fideiussores existerent, seu ut alter pro altero fideiuberet (non videntur autem vice mutua fideiussisse, nisi id nominatim actum sit. *l. reos. ff. de duob. reis.*) Hoc casu Iustinianus constituit, ut si omnes sint soluendo, & præsentis tempore judicij accepti, seu litis contestatæ, habeant beneficium diuisionis, hoc est, ut quilibet obligetur pro portione virili, non in solidum. Ergo si simpliciter sine fideiussione mutua duo rei debendi constituti sunt, quilibet in solidum conueniri potest, nec reus conuentus beneficium diuisionis allegare potest, quod beneficium non datur reis seu principalibus debitoribus, sed fideiussoribus. Beneficium diuisionis, quod Hadrianus dederat mandatoribus & confideiussoribus, idem Iustinianus reis constitutæ pecuniæ indulget. *l. ult. C. de const. pec.* Nunc in ea Nouella idem concedit reis promittendi, qui vice mutua fideiubent, non verò reis debendi, qui simpliciter & absolutè sine adiectione mutuae fideiussionis sunt constituti. Ita *Cuiac.* explicat hæc in *notis ad Inst. ad tit. de duob. reis, & No. 99.* Approbatur *Costal. ad l. vir uxori 17. ff. ad S. C. Vell.*

ASSERTIO LII.

*Uno ex duobus correis debendi pro parte conuento, vel
soluente, idem pro alia parte nihilominus
exigi potest.*

SI pars debiti ab vno ex correis debendi petita & soluta sit, nihilominus ab eodem residua pars debiti peti & exigi potest. Neque enim petitio aut receptio partis debiti, in duobus correis debendi, præiudicat creditori, quin alteram partem ab eodem vel alterutro petat aut recipiat. rex est in *l. si ex toto 8. §. 1. de leg. 1.* ubi hoc de duobus heredibus eiusdem pecuniæ reis, ex quibus vnus partem soluit legatarro, disertè scriptum extat. Quod eodem modo in alijs quoque correis, qui ex contractu quid debent, obtinet, cum eadem utrobique militet ratio. *l. Reos. C. de fideiuss.* Idem quoque in pluribus fideiussoribus decisum est, ut si ab vno ex eis pars sit petita & accepta, propterea non censetur diuisa obligatio,

sed possit nihilominus ab eodem pars altera peti, si confideiussor non sit soluendo. *l. inter eos 51. §. 1. ff. de fideiuss.*

Huic tamen assertioni valdè aduersatur. *l. si creditores. C. de pact.* vbi vnus ex pluribus reis debendi partem soluens pro sua persona, non poterit pro altera parte conueniri. Resp. Ibi admisit creditor vnum ex correis pro parte sua soluentem, id est, accepit partem ea mente, ne quid ab eo præterea peteret, hoc enim significat admittere pro parte. *arg. l. si stipulatus 15. §. vlt. ff. de fideiuss.* Regulariter ergo vno ex duobus reis debendi solvente pro parte, potest creditor ad eundem reuerti pro altera parte, nisi creditor eo animo accepit, ne quicquam ab eo amplius postea peteret. Quod tunc videtur fecisse, si dixit, Peto à te quinque, pro parte quæ te contingit. Vel si vnus reorum debendi soluit sponte partem, & dixit, Soluo pro parte mea, tunc enim creditori alteram partem ab eo postea petenti obstat exceptio pacti. *d. l. creditores. Castren. ad d. l. si ex toto 8. §. 1.*

Secundò obijcitur *l. liberum. C. de fideiuss.* vbi dicitur, quòd si creditor egit contra plures fideiussores vel correos debendi pro parte, si vnus non sit soluendo, non habet regressum contra alios. Resp. Ibi creditor omnes correos vel fideiussores simul conuenit, quemlibet videlicet pro parte, quo casu censetur actionem diuississe. Ideoque si fortè vnus ex ijs non sit soluendo, non poterit alterum pro ea parte conuenire, quia semel actionem diuissit. sed in *d. l. 8. §. 1. item in d. l. reos*, vnum tantum reum vel fideiussorem conuenit pro parte, vnde non censetur actionem diuississe. *Castren. d. loco.*

ASSERTIO LIII.

Fideiussor qui in maiorem summam fideiussit, saltem in eam quam principalis debet, tenetur.

VETVS & ardua quæstio est, An quoties plus est in fideiussoria obligatione, quàm principali, in totum corruat fideiussio, an vero valeat ad summam vsque concurrentem. Verbi gratia, si reus quinque debeat, & fideiussor sit acceptus in decem, an in quinque obligetur. Et communis est DD. sententia, quòd in totum sit inutilis fideiussio; quæ tamen opinio erronea est & falsa: cum in eam summam quam principalis debet, fideiussor vtique consenserit, quia in maiori summa inest minor. *l. inter stipulantem 83. §. si stipulante. l. sita 110. ff. de ver. obl.* vbi dicitur, quòd in stipulationibus summarum vel quantitarum, semper id quod minus est, sponderi

ponderi videtur. Vnde & in stipulationibus, qui decem interrogatus, viginti promittit, in decem tamen obligatur. *l. 1. §. si stipulanti. vbi Duare. ff. de verb. obl.* Probant etiam hanc sententiam. *Alcia. lib. 5. Parerg. c. 17. Guilhelmus Forner. lib. 3. selection. c. 17. Azo in summa C. de fideius. nu. 7. Cynus & Albericus in l. vlt. C. de fideius. Decius, & ad eum Carolus Molin. in l. in eo quod plus. nu. 13. ff. de reg. iur.*

Sed obijcitur *l. Gracè. §. illud. ff. de fideius. & §. fideiussores. Inst. eo.* vbi dicitur, quod fideiussor non possit obligari in duriores causam, quam principalis. Resp. quod illarum legum hæc est sententia, ne fideiussor teneatur in id, quod excedit sua obligatio principalis debitoris obligationem. Nec quicquam obstat *d. §. illud*: cum eius textus verba ita legenda sunt, placuit eos non omnino obligari: non enim omnino & in totam summam, in quam fideiussit, nos fideiussorem obligatum dicimus, sed eo fine & modo tantum, quo principalis obstringitur. Sensus itaque istorum verborum est, quod fideiussor in duriores causam acceptus, obligatur quidem, sed non in maiorem summam, quam debitor principalis. *Gilber. Regius lib. 2. εναντιοφαιών. c. 20.* Eandem sententiam luculenter comprobant *l. hætenus in fi. ff. de const. pecu. & l. rogatus. ff. Mandat. l. si ultra 22. C. de fideius.* Approbat & defendit hanc opinionem quoque *Petrus de Bella Perr. in d. §. illud*, vbi pulchrè notat, quando illud quod est in fideiussoria obligatione, reperitur quoque in principali, tunc fideiussor obligatur. Vtputa fideiussor se obliget in viginti, cum principalis debitor ad decem tantum esset obligatus, tenebitur fideiussor in decem, quia in viginti insunt decem. *arg. l. 1. §. si stipulanti. ff. de V.O.* Illud postremo notandum est, quod si quis scienter fideiubeat in maiori summa, quam debitor principalis sit obstrictus, donare videtur, & in solidum enetur. *per l. Campanus. ff. de op. liber. Notat Petr. Iaco. in pract. in for. libel. ff. de const. pecu.* Dissentit *Fachin. lib. 8. contro. c. 51.* vbi secutus *Connanum libro 6. comment. c. 6.* tradit, fideiussorem, qui in maiorem summam se obligavit, quam quæ à Reo seu debitore principali debetur, in totum non generi.

ASSER-

ASSERTIO LIV.

Fideiussoris obligatio non augetur ex mora Rei, ut ad vsuras, pœnam, aliâsque accessiones teneatur.

IN hac difficili & perplexa quæstione, qua disceptatur an fideiussor ex mora Rei, teneatur ad vsuras, pœnam, aliâsque accessiones, probabilior & verior sententia tali distinctione explicatur. Aut fideiussor simpliciter constitutus est, & tunc ad sortem tantum obligatur, ad vsuras verò aliâsque accessiones, quæ ex mora Rei accedunt, non tenetur. Probat hęc decisio per *l. fideiussor 10. C. de fideiuss.* vbi dicitur, quòd ad hoc vt fideiussor teneatur ad vsuras, requiritur, vt nominatim in vsuras accipiat, alioqui simpliciter acceptus, obligatur duntaxat ad sortem. Confirmatur & hoc per *l. ult. ff. de fideiuss.* vbi ad pœnam in quam propter suam moram vel culpam debitor incidit, fideiussor non tenetur. Ratio est, quia cum effectus contractus semper se referat ad tempus contractæ obligationis, *l. Rutilia. ff. de con. emp.* non videtur fideiussor simpliciter intercedens, in aliud se obligare, quàm intercessionis tempore debebatur. *l. per retentionem. & l. pignoribus. C. de vsur.* Aut fideiussor obligauit se in omnem causam actionis, vel in omne id, quod ex natura contractus debetur: & hic tenebitur in id quod interest, & in vsuras ex mora rei debitas. Hęc enim verba fideiussionis palàm ostendunt, fideiussoris mentem hanc fuisse, vt ad accessoria quoque se obligaret. *tex. rotundus in l. quero. ff. loca. & l. initio. C. de pact. int. emp.*

Obijcitur *l. si posteaquam. ff. Rem. pup. sal.* vbi fideiussor qui pro tutore rem pupilli saluam fore cauit, tenetur in vsuras & fructus ex mora tutoris debitos. Resp. Hoc speciali fauore pupillorum indultum est contra fideiussores tutorum, vt ad omnes accessiones teneantur ex mora Rei, *l. 3. & 5. ff. de fide. tut.* quemadmodum & alia multa singularia in gratiam pupillorum à legislatoribus sunt constituta. *Cora. lib. 2. Misc. c. 12.*

Secundò opponitur *l. 2. §. ult. ff. de adm. rer. ad ciuit. pert.* cui coniungenda est *l. fideiussores 68. §. 1. ff. de fideiuss.* Vbi qui fideiussit pro conductore publicorum vectigalium, & simpliciter acceptus est, etiam iure in vsuras conuenitur, nisi fideiussit in certam summam, puta in centum aureos tantum. Dicendum est, illud ius singulare esse conductorum publicorum vectigalium, vt fideiussores conductorum vectigalium in omnem causam teneantur. Nam & in conductione vectigalium multa specialia sunt

nt recepta, vt scilicet filijsfam. non admittantur ad eam conductionem. ff. ad SC. M.ued. vbi lex ait, cum videri patremfam. qui vectigalia con-
secta habet.

Tertiò obijcitur *l. si quis pro eo. §. si nummos. ff. de fideius.* vbi fideiussor qui
pro eo interuenit, qui alienos nummos in mutuò accepit, obligatur, si
nummi consumti sint: & additur ratio, quia in omnem causam fideiussis-
censetur, quæ ex numeratione nasci potest. Resp. Ibi non augetur fi-
deiussoris obligatio ex mora debitoris, vt fideiussor in aliud præter for-
m teneatur, sed inualida obligatio roboratur respectu principalis de-
biti. Mutuum namque rei alienæ per consumptionem reconciliatur, sed
non in alio quàm in sorte seu principali debito. *l. nam etsi 13. l. non omnis 19.*
vl. ff. de reb. cred.

Quartò opponitur *l. quero 54. ff. loca.* vbi fideiussor, qui pro condu-
ore simpliciter fideiussit, tenetur etiam ad vsuras pensionum sua die
non solutarum. Idque ea ratione decisum est, quia oportuit eum adhi-
ere diligentiam, ne differretur solutio pensionum. Resp. Ibi fideiuf-
sor non simpliciter intercessit, sed in omnem causam fideiussionis se ad-
iunxit, hic tenetur ad vsuras, & fructus, & omnem causam quæ ex obli-
gatione manare potest.

Quintò obijcitur *l. 2. §. vlt. & l. seq. ff. Qui satis. cog.* vbi in fideiussorem,
si aliquem iudicio sisti promisit, tantum quanti ea res est, actio datur.
Resp. Ideò fideiussor datus pro alio in iudicio sistendo, tenetur ad id
quod interest, quia actio super qua reus principalis conueniebatur, ori-
naliter ad id competebat. Ad id enim tempus, quo primùm fideiussor
abatur, respiciendum est. Tunc enim ab origine actione proposita com-
prehensum fuerat, vt si reus non sisteretur, fideiussor ad ea teneretur, ad
quæ actio à principio competebat. Ultra verò fideiussor non est conue-
nendus. *l. vlt. C. de fideius.*

Sextò obijcitur, quod simplex & indefinita oratio æquipollet vniuer-
ali. *l. si pluribus 44. de leg. 2. l. si plures 98. de leg. 3.* Ergo sicut fideiussor qui in
omnem causam accessit, tenetur ad vsuras ex mora Rei, ita & fideiussor
simpliciter acceptus ex mora debitoris ad vsuras, & reliquas accessiones
tenebitur. Resp. Non est hoc perpetuum. Illi enim regulæ quod indefinita
ratio æquiualeat vniuersali locus est, si ex re subiecta, ex circumstantiis,
vñ loquendi ea mens appareat: alias secus, quia hæc regula non ne-
cessariò, sed contingenter vera est. Neque etiam huic regulæ locus est in
diosis & pœnalibus, sed in fauorabilibus tantum *l. si quis ita 6. §. 1. ff. de
re. l. 2. ff. de lib. & posth. l. si ita relictum 43. de leg. 2.*

M m m

Septimò

Septimò opponitur *l. amissi* §. *fideiussor* ff. *de fideius.* vbi fideiussores à colono dari etiam ob pecuniam dotis prædiorum tenentur, cum tamen ea locatis prædijs accessionis vice cedant. Resp. Ab initio contractus dotes prædiorum ex natura rei locatæ in obligationem deductæ intelliguntur. Vnde ad eas tenetur fideiussor. Dotes prædiorum sunt accessiones fundi ad culturam agri pertinentes, vt sunt instrumenta rustica, aratra, rastia, vomeres, ligones, ferramenta. *l. 2. de instr. & instrum. leg.*

Vltimò obstat *l. 1. §. bellissime* ff. *vt lega. no. cau.* vbi dicitur, si heres satisfecit legatorum nomine, quod ista satisfactio incrementum accipiat ex mora rei, ad fructus, & vsuras legatorum. Resp. Hoc fit idè quia hæc est prætoriana stipulatio. *l. 1. ff. de præst. stip.* Atqui in stipulationibus prætoriis & judicialibus obtinet, vt etiam omnes rei accessiones in futurum comprehendant. *arg. l. si stipulatus* 76. §. 1. *in verb. non ut in iudicij etiam futurum.* & ibi Donel. ff. *de V. O.* Vide latius Godeum in tract. *de contr. stip. c. xi. concl. 10.* qui nostræ sententiæ adstipulatur.

ASSERTIO LV.

Fideiussor cuiuslibet obligationi accedit, etiam naturali tantum.

OMNI obligationi fideiussor accedere potest, & non solum naturali & ciuili obligationi simul, sed etiam naturali, vel ciuili tantum: *l. 1. ff. de fideius. §. 1. Inst. eo.* Vnde qui pro pupillo sine tutoris auctoritate naturaliter obligato fideiubet, non solum naturaliter, sed & ciuilitè obligatur, *l. Marcellus* 25. *l. 2. l. fideiussor* 16. §. *fideiussor* ff. *de fideius. l. si pupillus* 227. ff. *de V. O.*

Sed d. l. *Marcellus*, grauiter obstat *lis cui* 6. ff. *de V. O.* vbi dicitur, quod pro furioso & prodigo non interueniat vtiliter fideiussor: cuius contrarium in d. l. *Marcellus* affirmatur. Respondet Cuiac. ad d. l. 6. rectè sub distinctione. Aut fideiussor intercessit pro furioso vel prodigo iure obligato, vt puta ex quasi contractu vel delicto obligato: quibus casibus iure obligantur, & tunc fideiussor efficaciter quoque tenetur. *l. furiosus* 46. ff. *de obl. & act.* Aut fideiussor intercessit pro furioso vel prodigo iure non obligato, vt puta quando stipulanti sine auctoritate curatoris promiserunt, & tunc fideiussor nec pro iis adstringitur. Eaquæ distinctio comprobatur in *l. si a reo* 70. §. *si à furioso* ff. *de fideius.* Quoties verò fideiussor pro debitore naturaliter tantum obligato, vt puta pro pupillo sine tutoris auctoritate promittit

romittente intercedit, efficaciter potest conveniri, quamvis principalis debitor actione pulsari non possit. *l. ubicunque 61. ff. de fideius. d. l. si pupillus.*

Secundò obstat huic decisioni, quòd dicitur, fideiussorem non posse obligari in duriores causam quàm reum principalem. *l. Grace. §. illud. ff. de deuss. Resp.* Hoc ita intelligendum est, quòd fideiussor non possit in plus teneri, quàm est in principali obligatione; potest tamen arctiori & efficaciori obligationis vinculo devinciri; itaque non constituitur hìc durior causa fideiussoris, sed firmior, & efficacior.

Tertiò obiicitur *l. si quis posteaquam. 37. ff. de fideius.* vbi dicitur, si debitor præscriptione liberatus sit, fideiussor etiam non tenetur, cum tamen maneat naturalis obligatio post præscriptionem: debitor enim tempore liberatus etiam post tempus debitor manet. *l. atqui natura 19. in princ. ff. de neg. gest.* *Resp.* Licet supersit naturalis obligatio post præscriptionem, tamen ea manet sine effectu. *l. vlt. §. vlt. ff. rem rat. hab. l. sicut. l. omnes. C. de præsc. 30. an.* vbi dicitur, quod qui præscriptione 30. annorum nititur, plenissima securitate gaudet.

Quartò opponitur *l. qui contra x. ff. de fideius.* vbi pro filiofam. qui mutuum accepit, fideiussor acceptus non obligatur, cum tamen filiusfam. naturaliter obligetur. *Resp.* Idèd fideiussor non tenetur, quia filiusfam. pro quo intercessit, mortuus est, & sic extincta est naturalis obligatio, cum nullus sit ei heres iure isto, tantum pater eius peculiotenus obligabitur. Idèd què mortuo filio, pro illa naturali obligatione, filii nullus fideiussor accipi potest, pro illa verò obligatione, quæ aduersus patrem competit, fideiussor interuenire potest. *l. creditorem 18. ff. ad S. C. Maced.*

ASSERTIO LVI.

Exceptiones quæ Reo competunt, etiam fideiussori conceduntur.

HÆc enunciatio apertè & disertis verbis traditur in *l. omnes 19. ff. de excep. & l. defensiones 11. C. de l. ex persona 32. ff. de fideius.* Quæ tamen assertio tali distinctione temperatur, quòd aut sunt exceptiones quæ personæ coherent, & ex personali beneficio vel priuilegio reo competunt, & hæ non transeunt ad fideiussores. Aut verò propter rei negotijque naturam dantur; & hæ fideiussoribus quoque competunt. *l. exceptiones 7. ff. de excep. §. vlt. Inst. de replicat. l. ubicunque, 60. ff. de fideius.*

M m m 2

Sed

Sed obstat vehementer huic assertioni *l. 1. C. de fideius.* vbi dicitur, quod Reo liberato, vt quia adempta parte bonorum exulare iussus est, nihilominus tenentur fideiussores. Resp. Reus principalis ibi non est liberatus. Cum enim bona eius propter delictum sunt publicata, fiscus in illius locum, veluti heres succedit, qui pro ea parte, pro qua bona publicantur loco principalis debitoris adhuc debere intelligitur. *l. 2. C. Ad L. iul. de r. publ. vel. priv.*

Verum *d. l. 1. & graviter aduersatur l. 4. ff. Qui satis. cog. & l. sed etsi 4. Si quis cautio* vbi condemnato capitis reo seu debitore principali, qui se iudicio sisci promiserat datis fideiussoribus, etiam fideiussoribus rei condemnati contra obligationem iudicio sisci datur exceptio. Resp. *d. l. 1.* loquitur, quando fideiussor pro principali debito, seu iudicato soluendo fideiussit, tunc enim debitore deportato nihilominus tenentur fideiussores. Aliud obtinet, quando fideiussor tantum promissit de debitore exhibendo & sistendo in iudicio, tunc enim exceptio competens Reo propter mutationem status, vt quia deportatus est, vel in exilium abiit, transit quoque ad fideiussores. Additio ad *Gl. in d. l. sed etsi, in verb. quid ergo, & ibid. Baro.*

Secundò grauitèr pugnat cum *d. l. 1. C. de fideius. l. in fraudem 45. §. si principalis. ff. de iur. fis.* vbi dicitur, principalis rei siue debitoris bonis ad fiscum deuolutis, etiam fideiussores liberari. Resp. Illa *l.* tractat de debitore ipsius fisci, qui fisco ex contractu obligatus erat, non de alio debitore extranei, cuius bona postea in fiscum propter delictum redacta sunt. Si huius debitoris bona ad fiscum creditorem peruenerunt, id est, si fisco proprio debitori successit, liberantur etiam fideiussores: nam creditor succedit debitori, & obligatio confusione tollitur. *l. Stichum §. aditio. ff. de solut. l. debitori. C. de pact. Donel ad l. 1. C. de fideius.*

ASSERTIO LVII.

*Exceptiones prescriptionis, rei iudicatæ, & iuris iurandi,
debitori competentes, fideiussori quoque
prestantur.*

EXCEPTIO prescriptionis, quæ debitori principali comperit, fideiussori quoque tribuitur, quando quidem rei coheret. *Exceptiones 7 §. 1. ff. de excep.* Quod autem rei coheret, inde manifestum est, quod obligationem concernat, & plenissimam securitatem pariat, ac sit solutioni similis. *l. si pupillus 45. ff. de adm. tuto.* Insuper præscriptio antecedens impedit,

cedit, ne fideiussor obligetur, ergo & subsequens idem operabitur. *l. si quis postquam 37. ff. de fideiuss.*

Verum obijcitur, quod præscriptione non tollatur naturalis obligatio, cum tempus non sit modus inducendæ, vel tollendæ obligationis. *l. obligationum 44. §. 1. ff. de obl. & act. fa. l. atqui natura 19. in princ. ff. de neg. gest. vbi* dicitur, quod qui tempore liberatus est, etiam post tempus debitor manet. Ergo fideiussor ea exceptione se tueri non potest, cum & pro naturaliter obligato debitore fideiussor efficaciter interueniat. Resp. Licet naturalis obligatio supersit, tamen est ea sine effectu, cum sine radice, hoc est, principali obligatione consistere nequeat. *l. vlt. §. vlt. ff. Rem rat. hab. l. sicut. l. omnes. C. de præsc. 30. an. vbi* dicitur, quod qui præscriptione 30. vel 40. annorum nititur, plenissima securitate munitus est: ergo omnis effectus naturalis obligationis tollitur, exceptione præscriptionis.

Porrò quod exceptio rei iudicatæ, quæ competit debitori per sententiam absoluto, etiam fideiussori eius competat, item quod exceptio iuris iurandi debitori competens, fideiussori quoque concedatur, euidenter probatur *in d. l. exceptiones, §. 1. ff. de except. & l. in duobus 28. §. 1. & l. vlt. §. vlt. ff. de fideiuss.*

Sed obijcitur *l. vbiunque 60. ff. de fideiuss.* vbi dicitur, vbiunque Reus ita liberatur à creditore, vt natura debitum maneat, tenetur fideiussor. Sed post rem iudicatam remanet adhuc naturalis obligatio. *l. Iulianus 60. ff. de cond. indeb.* Ergo reo quantumvis liberato, nihilominus fideiussor obligatus manebit. Resp. Vbiunque quis pro ciuilitè & naturaliter obligato intercessit, sublata ciuili obligatione, fideiussor quidem stricto iure adhuc tenetur, liberatur tamen ope exceptionis. *Accur. in d. l. vbiunque. in fine.* Adde quod hæc naturalis obligatio, quæ post rem iudicatam superest, est inefficax, quia rei iudicatæ exceptione eliditur. *l. quacunque 13. ff. de compens. l. 2. C. cod.*

ASSERTIO LVIII.

Obligationibus ex delicto fideiussor accedere potest.

QUOD obligationibus ex delicto fideiussor adhiberi potest, euidenter confirmatur per *l. Gracè 9. §. sed etsi 4. & l. si quis pro eo 56. ff. de fideiuss.*

Obijcitur *l. 1. & 3. ff. de custo. & exhib. reo.* vbi traditur, in criminibus causis Reum carceri mancipandum esse, neque fideiussores viros pro Reo interuenire posse. Resp. sub distinctione. Aut pœna corporalis propter delictum imponi debet; & tunc pro Reo carceri incluso fideiussores non sunt accipiendi. *d. l. 3.* Ratio duplex est: Prima, quia nemo suæ

Mmm 3

vita,

vita, si corporis, suorumque membrorum esse dominus. *l. liber homo ff. Ad l. Aquil.* unde nec pro aliquo se ad poenam corporalem obligare potest. Altera ratio est, quia si reus animaduertit se sententia corporaliter damnatum iri, fuga profecto sibi salutem quaereret, hac ratione sententiae executionem evitaturus; atque ita iudicium redderetur elusorium cum ab ipso fonte sumi supplicium non posset, nec fideiussor vice eius poenam sustinere teneretur, quia poenae suos debent auctores tenere. *sanctus. C. de poen.* Aut delicto tantum poena pecuniaria imposita est, & tunc reus sub fideiussoribus de custodia dimittendus erit. *d. l. 1. & l. 4. ff. de custod. reo. d. l. si quis pro eo. §. ult. l. eos. §. super his. C. de appel.* Ratio est, quia sicuti ab ipso Reo, ita & ab eius fideiussore huic poenae satisfieri potest, cum non agatur de damno corporis, sed pecuniae. *arg. l. denique. cum l. sequ. ff. de iur. fis.* Haec distinctio vnanimi consensu atque suffragio DD. approbata est. *Bart. & DD. in l. 1. ff. de cust. reo. Azo in Sum. C. eius. tit. Gomez. in var. resolut. tract. de delict. c. 9. num. 8. Wesem. in parat. ff. de cust. reo. num. 5.* Itaque fideiussor non potest interuenire pro Reo, ut se obliget ad poenam corporalem Elegans locus est apud Livium pro illustratione huius sententiae, dum inquit, *Appij Claudij factum, qui trecentos obsides virgis caesos, securi percussit, fuit crudele, & reprehensione dignum.*

Verum iterum obijciatur *l. si Barsatorem 13. C. de fideiuss.* ubi qui promisit se exhibiturum latronem, si non faciat, remittitur puniendus ad praesidem provinciae. *Resp. l. sic accipienda est, Quod qui promisit se exhibiturum latronem, compellendus est, ut vel is exhibeat latronem stipulatori, ut is contra eum de iure suo statuatur, uti existimaverit; aut ut eum scilicet latronem transmittat ad magistratum, qui in illum inquirat, & puniat. Donel. ad d. l. 13.* Quod si fideiussor Reum dolo malo non exhibeat, punietur secundum motum seu arbitrium iudicis, vel consuetudinem, extra ordinem. *l. 4. ff. de custo. Reo. l. 2. C. Ad SC. Turp.* Imò & corporaliter puniri potest fideiussor, si dolo vel fraude eius reus fuga elapsus sit, ut si dolose eum celavit, vel fugae eius auxilium aut subsidium subministravit. *l. pen. C. de custo. reo. d. l. si Barsatorem 13. C. de fideiuss.* *Wesem. in parat. de custo. reo. num. 4. & 6.* Praeterea opponitur *l. 2. ff. de custo. reor.* ubi pro servo capitalis iudicii postulato dominus admittitur fideiussor. *Resp.* Dominus ibi tantum fideiubet iudicio sisti, neque ad poenam corporis se obligat. Praeterea non agitur illic de poena capitali, quae corporis afflictiva est, sed de deportatione, quae Reo etiam absenti infligi potest.

ASSER-

ASSERTIO LIX.

*Pactum de non petendo inter debitorem & creditorem
initum, fideiussori quoque prodest.*

¶ I pactus est debitor cum creditore, ne à se pecunia petatur, hoc pactum fideiussori quoque proficit, ut is à fideiussoria obligatione liberetur: *tex. est in l.vlt. ff. de pact.* Ratio est, quia debitoris interest obligationem fideiussoris dissolui, ne ipse à fideiussore actione mandati aut negotiorum gestorum iterum conveniatur. *l. quod dictum 32. ff. de pact. l. 4. ff. neg. gest.* Quod adeò verum est, ut quamvis debitor postea iterum pactus sit, ut à se peti liceat, tamen prioris pacti utilitas fideiussori suo sine consensu suo auferri nequeat. *d. l. vlt. vbi dicitur*, verius esse exceptionem pacti fideiussori semel quæsitam, ulterius ei inuito extorqueri non posse.

Huic assertioni obijcitur *l. si unus 27. §. pactus. ff. de pact.* vbi Paulus I C. tenet, quòd prius pactum à debitore interpositum, per subsequens eius pactum elidatur, & extinguatur, & deinde subiungitur, eademque ratione venire, ne prius pactum fideiussoribus proffit. Resp. Iste §. intelligendus est de pacto fideiussoris, non de pacto rei, ut quemadmodum prius pactum debitoris, seu Rei principalis per posterius eliditur, Reo paciscente postea de petendo, cum prius convenisset de non petendo debito, ita quoque fideiussoris prius pactum elidetur per posterius, ab eodem fideiussore interpositum. Talis itaque adhibenda est distinctio: Aut utrumque pactum fit à debitore principali; & tunc fideiussor semel liberatus debitoris pacto, non potest iterum obligari, debitoris contrario pacto sine suo consensu inito. Aut pactum utrumque factum est à fideiussore; & tunc extra controuersiam sibi præiudicat. Igitur in *d. l. si unus. §. pactus*, fideiussor liberat utrumque pactum, unde posteriori pacto de petendo inito, consensu suo sibi nocet. In *d. l. vlt. verò ff. de pact.* utrumque pactum initum fuerat à debitore, quocirca prius pactum de non petendo à debitore interpositum, fideiussori prodest, posterius pactum de petendo non nocet. Semel enim quæsitam liberatio fideiussori per pactum rei, non potest ei inuito auferri sequenti contrario debitoris pacto.

ASSERTIO

ASSERTIO LX.

Omnium obligationum fideiussor accipi potest.

DECISIO hæc clarè & expressè tradita extat *in l. 1. & 2. l. Gracè §. 1. à tutore. ff. de fideius. §. 1. Inst. co.*

Sed obstat *l. cum filiusfam. 49. §. 1. ff. de v. o.* ubi dicitur, si fideiussor accessit obligationi non faciendi, puta si debitor promisit se non impediturum, quominus auctori ire, agere liceat, fideiussor non tenetur, si ipse contra stipulationem faciat. Resp. Quando est tale factum, quod eundem effectum habet, à quocunque fiat, tunc fideiussor tenetur, ut si restitutioni commodati vel depositi accessit fideiussor: interest enim mea rem meam habere à quocunque, *l. 2. ff. de fideius.* Aut tale est factum, quod non potest à diuersis æquè commodè & artificiosè præstari, ut quia censetur electa personæ industria & peritia, puta in domo vel naui fabricanda; & tunc fideiussor præstans quod debitor promisit, non liberatur. *l. inter artifices. 31. ff. de solut.* Vel si in principali obligatione debitoris persona tantum est comprehensa, tunc fideiussor quoque non tenetur, si ipse contra principalem contractum quid faciat.

Secundò aduersatur, quòd alieni facti promissio est inutilis, ergo obligationi, qua debitor factum promisit, fideiussor non adstringitur. Resp. Fideiussor se pro debitoris facto catenus obligare potest, ut promittat creditori vel stipulatori quanti eius interest. *l. stipulatus es 44. ff. de fideius.* Ratio est, quia ea est natura obligationum faciendi, ut promissor ad interesse teneatur. *l. stipulationes non diuiduntur. 72. §. Celsus. ff. de verb. oblig. l. si quis ab alio. 13. §. 1. ff. de re iud.* ad cuius legis explicationem vide *Cuiat. lib. 21. Obs. c. 1.*

Porro & fideiussor pro naturali obligatione vtiliter adhiberi potest, *l. fideiussor 16. §. fideiussor. ff. de fideius.* potestque conueniri efficaciter, quamuis debitor principalis iudicio pulsari non possit. *l. ubicunque 61. ff. de fideius.*

Obijcitur tamen *l. si quis posteaquam 37. ff. de fideius.* ubi dicitur, si debitor præscriptione liberatus est, fideiussor quoque non tenetur, cum tamen maneat adhuc naturalis obligatio. Qui enim tempore liberatus est, etiam post tempus debitor manet. *l. atqui natura 19. ff. de neg. gest.* Resp. Licet superfit naturalis obligatio post præscriptionem, tamen ea est sine effectu, & planè inefficax. *l. ult. §. ult. ff. Rem rat. hab. l. sicut. & l. omnes. C. de præscr. 30. an.* ubi dicitur, quòd qui 30. annorum præscriptione nititur, plenissima munitione securus est.

Secundò

Secundò reſragatur *l. qui contra. xi. ff. de fideiuſ.* vbi pro filioſam. qui mu-
num accepit contra *S. C. Macedonianum*, fideiuſſor acceptus non obliga-
tur, cùm tamen filioſam. naturaliter obligetur. Reſp. Ibi fideiuſſor ideò
non tenetur, quia filioſam. pro quo interceſſit fideiuſſor, mortuus eſt, &
extincta eſt naturalis obligatio, cùm nullus ſit hæres filioſam. iure iſto:
ledòque cùm mortuo filioſam. ſublata ſit naturalis obligatio, pro ea fi-
eiſſor accipi non poteſt. Verùm quia pater peculioreus obligatur,
pro illa actione, quæ aduerſus patrem competit, fideiuſſor accipi poteſt.
creditorum 18. ff. ad S. C. Maced. Conſta. lib. 6. Com. c. 6. num. vlt.

ASSERTIO LXI.

Pœnæ ſtipulatione non nouatur principalis obligatio.

CONFIRMATUR hæc theſis his argumentis. Pœnalis ſtipulatio
eſt acceſſoria ad principalem: at acceſſorium non debet nouare
principale. *arg. l. qui uſumfructum 58. ff. de verb. obl.* Altera ratio. Pœna
dijcitur principali contractui favore creditoris, vt timore pœnæ debitor
eruet promiſſa. *arg. l. i. C. de arbit.* Non ergo debet contra partium inten-
tionem pœna operari nouationem, & damno eſſe creditori. *ſac. l. apud
elſum. §. Labeo. ff. de excep. doli.*

Tertiò probatur apertè theſis *per l. ita ſtipulatus 113. §. Sabinus. ff. de V. O.* vbi
licetur, ſi quis promittat Stichum, etſi Stichum non ſoluat, decem dari
colliceatur, non antè pœna committitur, quàm promiſſor interpellatus
ſit in mora ſoluendi hominem: quo caſu pœna non nouat, ſi promiſ-
ſor ſuper principali debito adhuc interpellari poteſt. Apertè etiam pro-
batur hæc theſis *per l. ſi quis à ſocio 41. cum l. ſeq. & l. duo ſocietatem 71. ff.
pro ſoc.*

Obijcitur *l. i. §. item ſi ita. ff. Ad l. Fulc. & l. ſi penum. ff. Quan. di. leg.* Vbi di-
citur, ſi heres damnatus ſit penum dare, & niſi dederit, certam pœnam
praſtare iuſſus ſit, tunc ſi heres ſit in mora dandi penoris, deberi pœnam.
Inde colligitur, per pœnæ adiectionem fieri nouationem, ſiquidem no-
uatio eſt prioris debiti in aliud tranſfuſio. Reſp. Cùm penus legatur, &
niſi detur, pœna ſubijcitur, tunc mora facta in danda penu, peti poteſt
pœna. *l. cum ſine. l. ſi penum. ff. Quan. di. leg.* Ante moram penus eſt in pe-
titione & præſtatione, poſt moram penus non eſt in obligatione ſeu pe-
titione, ſed in præſtatione tantùm, cùm uſque ad litem conteſtatam he-
res offerendo penum liberetur à pœna: *l. i. ff. de pen. leg.* Igitur mora ope-
atur tranſlationem ſeu ademptionem penoris potius, quàm nouationem
N n n penoris

penoris in legatum pecuniæ. Idque receptum est propter naturam penus, quæ faciliè corrumpi potest, ideoque longiorem dilationem in præstando non fert. Nulla ergo hîc fit propriè nouatio, cum penus post moram & transfusionem præstari possit vsque ad litem contestatam. *Duare. ad d. l. ita stipulatus.*

Secundò obijcitur *l. obligationum 44. §. si. ff. de obl. & act.* vbi dicitur, quòd si quis præcedenti stipulationi, qua stipulatus est nauem fieri, subijciat pœnalem stipulationem certæ pecuniæ, quòd quasi nouatio prioris stipulationis fiat. Resp. Idèò pœna ibi operatur quasi nouationem, quòd præcessit obligatio facti, puta nauem vel domum fieri, in qua stipulatione post moram fit transfusio obligationis faciendi in obligationem pecuniæ, etiamsi pœna nulla sit promissa. *l. 72. ff. de V. O.* Vnde mirum non est, post moram quasi nouatione facta pœnam solam deberi. Non tamen est vera nouatio, cum promissor super facto conuentus, vsque ad litem contestatam factum offerre possit. *l. si insulam 84. ff. de V. O.* Operatur ergo pœna non veram nouationem, quæ facti obligationem rollit, sed vmbram quandam nouationis, eatenus, quatenus post litem contestatam factum non amplius offerri potest. Ita pulchrè tradit *Zazius in singul. intellectu. c. 4.* Vide latius *Hotom. in illust. quest. c. 10. in quest.* An principalis obligatio pœnali stipulatione novetur, & *Petrum Grangianum in paradox. Iuris civil. c. 33.* vbi pulchrè decidit, & multis legibus rationibusque hanc sententiam confirmat, quod pœnalis stipulatio præcedentem obligationem non novat,

ASSERTIO LXII.

Debitum putum stipulatione conditionali nouatur.

PROBAT hoc enunciatum *l. pecuniam 36. ff. de reb. cred.* Vbi deciditur, quòd si debitor id quod alteri purè debet, iussu sui creditoris, alteri creditori sub conditione promittat, non possit creditor prior, cui purè debetur, id debitum pendente conditione petere, quia per conditionalem promissionem posteriorem effectus prioris obligationis purè suspenditur, quasi tantisper dum pendet conditio, nouationis effectum habeat. *l. obligationum 44. §. si. ff. de obl. & act.*

Huic sententiæ contradicit Paulus in *l. purè 5. ff. de excep. dol.* vbi quod alicui purè debetur, si sub conditione legetur, heredem interim nihilominus debitum petiturum affirmat. Resp. sub distinctione, quòd aliud in testamentis, aliud verò in contractibus hoc casu obseruatur. *arg. l. is cui 42. ff. de act. & obl.* Ratio diuersitatis est, quòd in stipulatione conditionali,

ditionali, qua creditor à debitore, qui alteri purè debebat, sibi sub conditione stipulatus est, omnium contrahentium consensus intercessit, creditoris, debitoris, & tertij, cui iussu creditoris, debitor pecuniam, quam purè debebat, sub conditione promisit. Ad quem ex eiusmodi contractu fructus nouatæ obligationis per conditionalem delegationem pertinebit: *d.l. pecuniam. d.l. obligationum. §. conditio*. E contra quia in testamentis ab vnus voluntate dependentibus, nullus contractus intercedit. *l. verba 20. ff. de V.S.* heres pecuniam medio tempore testatori debitam sub conditione alteri legatam, interim rectè à debitore petet. *d.l. 5.* Quia nihil cum debitore gestum, nihil contractum est, nullave nouatio inita est, sed cum legatario tantum, cum quo heres adeundo hereditatem, quasi contraxisse intelligitur. *l. 3. §. vlt. ff. Ex qu. cau. in poss.* Cuius nihil interest legatam sibi sub conditione pecuniam heredi interim pendente conditione solui, præcipuè ea ratione, quòd heres ei cauet, se legatum existente conditione ei restitutum. *d.l. 5. Forner. ad l. creditor 55. ff. de V.S.*

ASSERTIO LXIII.

Creditori inuito ante diem rectè solui potest, ex communi
DD. sententia contra C VIACIUM,
& BORCHOLTVM.

HÆc sententia apertè probatur in *l. 38. §. inter. ff. de verb. obl.* vbi dicitur, quòd in obligationibus in diem totum medium tempus promissori ad soluendum liberum relinquitur. Si non licet inuito creditori soluere ante diem, vel si creditor posset solutionem ante diem recusare, non esset debitori tempus medium liberum ad soluendum. Idem traditur in *l. quod certa 70. ff. de solut.* vbi dicitur, quod certa die promissum est, vel statim dari potest, totum enim medium tempus ad soluendum promissori liberum relinquitur. textus quoque expressus est pro hac sententia in *l. continuus 137. §. 2. ff. de verb. obl.* vbi I C. Venuleius inquit, nam & quod in diem debetur, ante solvi potest, licet peti non potest.

Obijcitur *l. Qui Rome 122. in princ. ff. de verb. obl. & l. Iabolenus 15. ff. de ann. leg.* vbi dicitur, quòd debitor in diem, ante diem non rectè soluit. Resp. In istis legibus dies fuit apposita in gratiam creditoris seu stipulatoris, deoque ei inuito non rectè soluitur ante diem, quia utilitas temporis contrahentium conuentione, vel testatoris consensu semel creditori con-

N n n 2

cella,

cessa, non debet ei inuito auferri. In dubio autem præsumitur dies adiectus in gratiam debitoris, ideoque potest etiam debitor ante diem soluere, quia quilibet potest fauori pro se introducto renunciare. *l. cum qui 41. §. ult. ff. de V. O. l. cum tempus 17. ff. de R. I.*

Opponitur etiam *l. sed si ante 10. ff. ad S. C. Trebel.* ubi heres qui ad diem rogatus erat restituere hereditatem, ante diem non rectè restituit. Ergo debitor soluendo ante diem non liberatur. Cui tamen aduersatur *l. post mortem. C. de fideicom.* Vbi heres rogatus restituere hereditatem post mortem, etiam ante mortem rectè restituit. Respondet Castrensis. Heres qui ad diem rogatus est restituere hereditatem, non tenetur ante diem hereditatem in fideicommissarium transferre: si tamen vult sponte hereditatem restituere, hoc potest in sui præiudicium facere, ut scilicet actiones, quæ heredi contra debitores hereditarios competeabant, transferantur in fideicommissarium. *d. l. post mortem, & ibi Castren.*

Tertiò aduersatur *l. item illa 18. ff. de const. pecu.* ubi dicitur, quòd creditor ante diem constituti recusare possit debitas pecunias accipere. Resp. Verum quidem est creditorem ante diem constituti recusare posse solutionem debiti, & nihilominus illi competere actionem de constituta pecunia, si res debita adhuc extet. Itaque *l. illa* hoc modo accipienda est, quòd si creditor ante diem constituti recusauit solutionem accipere, possit nihilominus agere actione pecuniæ constitutæ ad soluendum, si tempore constituti paratus sit accipere, si scilicet res adhuc sit integra, id est, si res promissa adhuc extet. Sic enim & cæteri omnes creditores, licet in accipiendo moram fecerint, tamen nihilominus habent actionem integram, quamdiu res promissa adhuc extat. *l. illud 17. ff. de peri. & com. rei vend.* ubi dicitur, quod semper posterior mora nocere soleat. Vnde quod dicitur *ind. l. item illa*, actori non nocere, si promissum ante diem debitum oblatum recusauit accipere, non simpliciter negat nocere, sed negat nocere ad actionem constitutæ pecuniæ, si res promissa adhuc extet. Ex quo sequitur in alijs rebus ei nocere, quòd recusauit accipere ante diem oblatum. *Donel. ad l. cum qui. §. ult. ff. de V. O.* Dissentit ab hac sententia *Cuiat. lib. Obs. 23. c. 22.* & ad *l. stipulatio ista 38. §. inter incertam. ff. de verb. obl.* ubi tradit, inuito creditori ante diem solvi non posse, quod in diem debetur, quem sequitur *Iohannes Borcholt* perpetuus sectator, & interpretes, seu potius similes *Cuiatij*, in tractatu de verb. oblig. c. 6. nu. 35. & seqq.

ASSER-

ASSERTIO LXIV.

*Rectè ei soluitur, qui solutionis gratia adiectus est, modò
post stipulationem conditio eius non sit in
deterius mutata.*

RECTE ei soluitur, qui solutionis gratia contractui est adiectus, illique si soluat promissor, liberatio ipso jure contingit, perinde ac si ipsi stipulatori soluiisset. *l. vero 12. §. 1. l. si ita stipulatus 59. ff. de solut.* Dicitur autem adiectus stipulationis gratia, cum quis alternativè sibi aut Titio dari stipulatur. In hac enim stipulatione consistit obligatio solum in stipulatore, ei que actio acquiritur, sed tamen Titio rectè soluitur, qui adiectus dicitur, licet ei non competat ex stipulatu actio. *§. plane. Inst. de inur. ip. l. ult. §. ult. ff. de V. O.*

Tum demum autem adiecto rectè soluitur, si post stipulationem conditio eius non sit mutata in deterius. Nam si post stipulationem status ius mutetur in deterius, ut puta si in adoptionem datus sit, vel in exilium iuerit, vel servus factus fuerit, non rectè ei soluitur, ut contingat liberatio. Ratio est, quia ea conditio huic stipulationi inesse videtur, ut rectè tum demum solvatur adiecto, si in eodem statu permaneat. *l. cum quis ibi 38. in princ. ff. de solut.*

Sed è diametro pugnat cum hoc responso *l. Stichum 95. §. vsumfructum. ff. de solut.* ubi dicitur, si quis vsumfructum sibi aut Titio dari stipulatus sit, etiam Titio adiecto capite diminuto rectè solui. Resp. Ibi Titius adiectus fuit capite minutus eo tempore quo stipulatio interponebatur, quod ex simili stipulatione à IC^{to} subiecta facile colligi potest. Nam ut subiungit C. quemadmodum quis rectè sibi aut Titio, cum capite minutus erit, vsumfructum dari stipulatur, sic etiam sibi aut Titio jam ante stipulationem capite minuto rectè quis vsumfructum dari stipulatur, scilicet cum tempore stipulationis Titius jam capite minutus erat. Ita rectè notat *Juac. ad l. cum quis 55. de V. O.*

ASSERTIO LXV.

Aliud pro alio inuito creditore solui non potest.

REGVLA hæc traditur *in l. 2. §. 1. ff. de re. cred. & desumpta est ex definitione obligationis, tradita in in Inst. tit. de obligat.* Nam cum obligatio sit juris vinculum, quo necessitate debitor adstringitur ad solvendum debitum in contractum deductum, repugnat naturæ obligationis, aliud pro alio inuito creditori solui.

Huic axiomati primò aduersatur *l. sum qui 16. cum Auth. seq. C. de solut. vbi* traditur, quod debitor qui non potest propter inopiam pecuniam debitam exolvere, in solutum possit creditori etiam nolenti dare prædia pro quantitate debita. Resp. Hoc fit propter necessitatem, ut puta si debitori non suppetit aliunde facultas pecuniam exoluendi; tunc enim creditor pro quantitate debita prædia in solutum accipere cogitur.

Secundò repugnat *l. miles §. decem. ff. de re iud. vbi* asseritur, quod dominus noxali actione condemnatus, ut damnum ex maleficio serui illatum refarciat, liberatur seruum noxæ dedendo. Resp. Hoc in casu dominus hanc potestatem aliud pro alio debito exoluendi, habet sibi à jure tributam, unde iure facit, quòd ex potestate sibi à lege concessa, aliud pro alio soluit. Cujus specialis iuris hæc est ratio, ne culpa seruorum ultra æstimationem seruorum dominos gravet. §. 1. *Inst. de noxa. act.*

Tertiò obstat *l. si domus 71. §. qui confitetur. ff. de leg. 1. vbi* statuitur, quòd si testator legat alicui rem alienam, & dominus eam vendere nolit, vel fortè immenso pretio vendere cupiat, tunc sufficit pro specie legata justam æstimationem etiam inuito legatario soluere. Resp. Hoc similiter propter necessitatis causam receptum est, quia non potest heres rem à vero domino redimere, nisi immodico & immenso precio; quod fieret cum magno & graui suo detrimento.

Quartò obiicitur *l. si quis argentum. 35 §. sin autem donator C. de dona. vbi* sancitur, si quis donauit alicui certum pondus argenti, neque donator habet argentum in bonis, quod teneatur ad æstimationem argenti. Resp. Ibi fauore liberalitatis & munificentiae receptum est, ut pro auri vel argenti massa solui possit æstimatio.

Postremò refragatur *l. vinum. ff. de re. cred. vbi* vinum quod mutuo datum erat, petitum est in iudicio, & iudex condemnat debitorem in æstimationem vini. Resp. Hoc fit propter moram debitoris, qui quanti plurimi res valuit, condemnatur: æquum enim est, damnum propter moram

ram

ram debitoris creditori illatum, ei refarciri. Vnde etsi creditor velit, potest obdurare, vt res ipsa hoc est vinum mutuo datum sibi restituatur & solvatur. *l. vbi autem 7 §. vlt. ff. de V. O. vbi dicitur, quod obligatus ad dandum, præcisè rem ipsam creditoris efficere tenetur.*

ASSERTIO LXVI.

Actiones ex delictis defuncti descendentes, non dantur in hæredes, nisi quatenus ad eos peruenit, non in solidum.

CERTISSIMA est juris regula, pœnales actiones ex maleficiis defuncti, in heredes non competere, nisi in id quod ad eos peruenit. *§. non autem. Inst. de perp. & temp. act. l. sicuti 38. l. totius 44. l. in pupillum 111. §. 1. ff. de reg. iur. l. 1. ff. de priua. delictis.* Ratio est, quia sicuti iustum est ex delicto defuncti heredem non teneri, quia pœnæ suos authores sequi debent, *l. sancimus. C. de pœn.* ita æquum quoque est, vt ex defuncti maleficio heres etiam lucrum non sentiat, quia turpia lucra heredibus extorquenda sunt, ne alieno scelere ditentur. *l. in heredem. ff. de calumn.* Porro notandum, quod ipsæ pœnales actiones, furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, aduersus heredes non dantur, sed conuenitur heres de eo quod ad ipsum peruenit, actione in factum, vel condictione furtiua. *l. 2. §. vlt. ff. Vi bo. rap. l. itaque 38. ff. de dolo. gl. in l. vnic. C. Ex delict. defun.* Ratio est, quia istæ pœnales actiones ex delictis sunt famosæ, ideoque non debent contra heredes delinquentis intentari, ne propter alienum delictum ex nomine actionis heredibus irrogetur infamia.

Aduersatur huic doctrinæ *l. vnic. C. Ex delict. defun. in quant. hered. conuen.* in qua statuitur, heredem teneri de vi à defuncto commissâ. Resp. Hoc non est accipiendum de vi ablatiua, ex qua competit actio vi bonorum raptorum, quæ in heredem raptoris non datur, sed de vi compulsiva, & quæ incidit in edictum, Quod metus causa, quæ actio non est merè pœnalis, sed mixta, ideoque contra heredes vim metumve inferentis datur. Sturcius ad *l. sicuti 38. ff. de R. I.* Excipitur ab hac regula sola condictio furtiua, quæ datur contra heredes furis in solidum, etiamsi ad eos nihil peruenit. *l. in condictione 9. ff. de cond. furt. §. vlt. Inst. de obligat. ex delict. idque speciali odio furum est receptum.*

ASSE-

ASSERTIO LXVII.

*Pro eodem crimine, & ciuilitè & criminali-
ter agi potest.*

QUOTIES pro eodem crimine & ciuilis & criminalis competit actio, vtraque licet experiri, nec vna actione intentata altera consumitur. Traditur hæc generalis definitio in *l. vna. C. Quan. ciu. act. crim. præiud.* Textus est elegans in *l. qui nomine 25. ff. ad l. Corn. de fals.* vbi pro regula traditur, quod ex quocunque maleficio potest quis accusari criminaliter, ex eodem potest agi actione in factum ciuilitè. Sic intentata actione vi bonorum raptorum, adhuc est locus iudicio publico legis Julæ de vi. *l. 2. §. 1. ff. Vi. bo. rap.* Item si quis seruum alienum surripuit & subduxit, furti tenetur, & plagij, & vna actione intentata patet regressus ad aliam. *l. si quis seruum. C. Ad. l. Fau. de plagiar.*

Obstat huic assertioni *l. interdum 4. ff. de pub. iud.* vbi dicitur, instituto priuato iudicio de aliquo crimine, præiudicium fieri iudicio publico. Duplex est responsio. *Acc. & Bart. hanc l. ita* interpretantur, quod pendente iudicio super actione ciuili, non potest criminalis accusatio intentari, super eodem crimine, sed finito ciuili iudicio per sententiam, non prohibetur quis criminalem actionem proponere. *Baro & Borcholt ad tit. Inst. de l. Aquil.* respondent, quod instituto iudicio priuato de crimine, non præiudicetur publico, ita vt amplius agi non possit, sed in probatione delicti, iudicium priuatum ante finitum iuuabit aut vrgebit Reum in executione criminis publici. Præiudicium enim hic significat argumentum & exemplum, quod sequantur iudices in criminali iudicio. Sensus ergo *d. l. interdum* est, quod instituto prius iudicio priuato, præiudicium fit publico, hoc est, ex ciuili iudicio prius finito, sumitur exemplum, quod iudices in criminali iudicio sequantur.

Secundò aduersatur *l. Prator 7. §. 1. ff. de iur.* vbi dicitur, pro iniuria illata ciuilitè & criminaliter agi non posse, sed vna actione intentata alteram consumi. Resp. Ibi vtraque actio competit ad vindictam, ideoque vna intentata altera consumitur, quia iniquum est eandem rem bis in iudicium deduci. Aliud est, quando ciuilis actio persequitur rem familiarem, tunc enim ciuili iudicio intentato non consumitur criminale, & è contra. Ita respondent. *Acc. & Bart. in d. l. Prator. §. 1.* quod approbat *Cutacius lib. Obser. 24 c. 16.*

ASSE-

ASSERTIO LXVIII.

*Pœnæ à legibus nominatim delictis sunt impostæ, neque
pendent à mero iudicis arbitrio.*

POENÆ siue ex capitales sint, siue non, sed pecuniariæ, aut alterius alicujus generis, non mero iudicis arbitrio infliguntur, sed legum vel constitutionum auctoritate delictis irrogantur. *l. 1. §. 1. ff. Ad SC. Turpil. l. si quæ pœna 244. de V. S. l. ordine. ff. ad Munic.* Imò iudex infamia notatur, qui minorem pœnam, quam leges statuunt, delictis imponit. *l. seruos 8. C. ad l. Iul. de vi pub. vel pari pœna, quam leges crimini irrogant, punitur. tex. est notabilis in l. 3. in fi. C. Ne sac. bapt. it. l. 2. C. de commerc.*

Sed aduersatur, quòd traditur in §. in summa. *Inst. de iniur. & l. hodie. ff. de æn. l. 3. C. Ex qu. cau. irr. infam. l. quid ergo. §. pœna grauior. ff. co.* pœnas ex arbitrio iudicis delictis infligi, & modò grauiores, modò leuiiores, quam leges præscribunt, imponi. Resp. Nulla pœna arbitraria est delictorum, quæ non sit certa aliqua parte juris constituta, vt ita non pendeat à mero iudicis arbitrio, sed arbitrio legibus confirmato, atque consentaneo. Quod ergo legibus prædictis affirmatur, pœnas arbitrio iudicis irrogari, hoc iam significationem habet, quòd non suo jure iudex hanc arbitrandi potestatem habet, sed legis beneficio, ita tamen vt secundum legum præscriptum teneatur arbitrium suum in pœnis decernendis informare. Habet itaque adhuc in his arbitrarijs pœnis illud axioma Papiniani locum, quod extat in *d. l. 1. §. 1. ff. Ad SC. Turpil.* facti quidem quæstionem esse in arbitrio iudicis, pœnæ autem executionem eius arbitrio non concedi, sed legis auctoritati reservari. Ita tradit *Maranta in disput. legalibus, disput. 3. & l. de. ad l. aliud fraus est 131 ff. de V. S.* Vel ita potest responderi. Pœnæ omnes lege definitæ & certæ sunt, vt furti pœna est duplum, vel quadruplum, si agatur iure ordinario, tunc enim iudex eam augere vel minuere non potest: *d. l. 1. §. 1. ff. ad SC. Turpil.* Si verò agatur iure extraordinario, tunc potest pœnam immutare. Porro hodiè omnia iudicia criminalia sunt extraordinaria, & non agitur amplius ex præscripto formularum. Ergo hodiè pœnæ legitimæ delictorum non durant, sed iudicis arbitrio infliguntur, utia omnia aguntur extra ordinem, & sic accipienda est *l. hodie 13. ff. de pœn.* denique potest & hoc pro conciliatione adferri, quòd iudex non possit absolute vel simpliciter, sine aliqua iusta & speciali causa pœnas legum mutare, minuere, vel augere. Verum ob certas iustissimas rationes & cau-

O o o

fas.

fas, pœnas à legibus præscriptas mitigare vel augere potest. *d.l. 3. C. Ex quæ cau. irrog. infam.* Ita tradit eleganter. *Chassan. in consu. Burgund. rub. 1. §. 1. in verb corporellement.*

Obiicitur & hoc argumentum. In *l. respiciendum x l. ff. de pœn.* traditur, iudicem debere in leuioribus causis proniorem esse ad clementiam, in grauioribus verò causis, seueritatem legum cum aliquo temperamento benignitatis subsequi. Ergo licet illi pœnas à legibus delictis impositas mitigare, vel remittere. Ad hoc argumentum respondet *Glos. in l. hodie ff. de pœn.* quòd ita demum possunt iudices benignitate & lenitate uti in puniendis criminibus, quando nulla certa pœna legibus est nominatim imposita tunc enim iudices ad clementiam proniores esse debent, & rigorem sententiæ temperare.

ASSERTIO LXIX.

*Pœna regulariter in popularibus actionibus non fitisco,
sed actori applicanda est.*

ACTIONVM popularium hæc est natura, ut quicquid ex earum exercitio redigitur, actori applicetur. *l. vlt. ff. de litig. l. 3. in pr. de sep. viol.* ubi dicitur, quòd agenti actione populari de sepulchro violato, pœna sit persoluenda. Comprobat hanc decisionem *l. ut si cui ex emto. 12. ff. de V. S.* ubi traditur, quòd per litis contestationem popularis actio, quæ antea erat totius Populi, nunc ad priuatum actorem transferatur, ita ut creditor sit ille, qui litem contestatus est in populari actione, & jam illi pœna debeat. Facit ad confirmationem huius decisionis, quòd alia hæc iudicia non rectè actiones dicerentur, cum actionibus actor persequatur quod sibi debetur. *Inst. de act. in princ.* Præterea cum sub titulo *Inst. de act. in § pœnales 12.* de his popularibus actionibus tractetur, sub præmissa quoque definitione actionis, quæ actio definitur ius persequendi in iudicio quod sibi debetur; populares actiones comprehendere probabilius est. Hanc sententiam tenentur *Gad. ad d. l. 12. nu. 15. & seqq. de V. S. Dinet. & Baro ad princ. tit. Inst. de actio.* A quibus reliqui ferè interpretes dissentiunt, quorum argumentis respondebo.

Primò obiicitur *l. 3. ff. de ter. mo.* ubi dicitur 50. aureos ex lege Agraria in publico dando esse ab eo, qui terminos extra suos fines mouit. Resp. Hoc in verfic. sequi. *Et quo actionem ei qui voluit, esse iubet,* sic declaratur, ut scilicet pœna aureorum 50. in publico danda sit, hoc est, ex populari actione

tionem soluenda, quamvis eius poenae persecutio siue exactio sit priuata, tura scilicet eius, qui uolet agere, quoties scilicet ex lege Agaria agere ciuilitur. Nam si criminaliter agatur, secus est.

Secundò obstat *l. 3. §. Diuus. ff. de sep. viol.* ubi qui in ciuitate mortuos seclint, 40. aureos fisco inferre iubentur. Resp. *d. §. Diuus*, agit de criminali huius delicti persecutione, quando non ciuili illa actione populari de seclchro violato, quæ ex edicto Prætoris est, *l. 3. in princ. ff. eo tit.* sed criminali cusatione quis experitur.

Tertiò repugnat *l. lege Cornelia 25. §. ex hoc edicto. ff. Ad SC. Sylla*, ubi dicitur, quòd poena exacta populari actione sit diuidenda inter actorem & fisco. Resp. Hoc non est generale in omnibus popularibus actionibus, sed id specialiter in ea populari actione SC^{to} Syllaniano cautum inueniatur, qua speciali legis decisione opus non fuisset, si id quoq; in cæteris popularibus actionibus regulare fuisset. At casus specialis arguit regulam generalem esse in contrarium, *Dec. ad l. 1. ff. de R. I.*

ASSERTIO LXX.

Furti actio datur etiam pro re modica.

COMPROBATVR hæc assertio in *§. Gallinarum. Inst. de rer. diui.* ubi dicitur, etiam in gallina surrepta furtum committi. Huc facit *l. si proprietarius. ff. de dam. inf.* ubi dicitur, etiam pro minimo damno competere actionem furti.

Sed adducitur plurimum *l. si quis affirmauit 9. §. ult. ff. de dolo. ma.* ubi dicitur, delationem non competere, nisi quis deceptus sit ultra duos annos. Resp. Actio furti est ordinaria & legitima, atqui huiusmodi actiones dantur etiam pro re minima: sed actio doli est subsidiaria & extraordinaria, ideoque non datur pro re modica. tum etiam quia hæc actio de dolo restituit in integrum, & contractum rescindit. Adde quòd furtum multò grauius est dolo, unde & facilius dabitur actio furti pro summa vel modica subrepta, quàm doli actio.

Secundò refragatur assertioni *l. scio 4. ff. de in int. rest.* ubi dicitur, de re modica vel minima summa non curare Prætores. Resp. Illud tunc deum est, quando quis iure speciali contra ius commune uult restitui in integrum, ut tunc non attendatur læsio in re valde parua. *d. l. 4. d. l. 9. C. de resc. vend.* Aliàs de iure regulari, hoc est, de iis quæ sunt contra ius commune, curatur de minimis. Præterea dicitur in *d. l. scio*, ita dum restitutionem non dari ob rem minimam, cum rei maiori præiudicatur.

dicatur. Verùm cum ob summam modicam agitur de dolo, præiudicatur rei maiori, quia condemnatio doli attrahit secum infamiam. *l. 1. ff. De his qui no. inf.* Famæ autem hominis parcendum est, nisi magna causa urgeat, cum nihil homini antiquius esse debeat honesta fama. *l. 8. ff. Quod met. caus.* Imò fama & vita hominis æquiparantur. *l. iust. 9. ff. de manu. vind.* & famæ iactura morti similis est. *c. nolo 12. qu. 1.* vbi dicitur, quod crudelis est, qui confidens conscientie, negligit famam. Hanc decisionem, quòd actio furti detur pro re modica, approbat *Accur. in d. l. 9. §. ult. à qua discedit Zasius libro 2. singul. resp. c. 26.* sed leuibus & infirmis rationibus.

ASSERTIO LXXI.

Furi regulariter actio furti non datur.

HÆc assertio apertè traditur in *l. itaque 12. ff. de furt.* Ratio est, quia illi tantum datur actio furti, quorum ex honesta causa interest; nemo enim ex improbitate sua consequitur actionem.

Obiicitur *l. qui vas 48. §. si ego. ff. de furt.* cuius hæc est facti species. Fullo vestes poliendas accepit, quas inuito domino Titio commodauit; Titio furtum factum est; competit fulloni furti actio, licet & ipse furti teneatur, quòd rem inuito domino commodauit. Resp. Idè ibi fulloni datur actio furti, quia eius interest ex honesta causa, quia conductor est nam etiam si furtum non fecisset, videlicet si non commodasset alteri tamen custodiam fullo præstare debebat. Et breuiter dicendum est quòd fur furti agere potest propter iustum initium, si rem iustè cæpit detinere. Azo in *sum. c. de furt. num. 9.* Eadem est ratio *d. l. 12. §. pen.* Rei siue dominus nonnunquam furtum facit, vt si rem pignori datam creditor subtrahat, si postea debitor eandem rem furto amittit, aget furti, atque idem tenetur furti, & furti agit, quia etiam si hic debitor furtum non fecisset rei suæ, erat habiturus furti actionem domini ratione. Summa est Fur agit furti ex honesta causa, puta quòd sit dominus vel conductor, vel commodatarius; non autem agit furti hac sola ratione, quòd sit fur, & propterea inter sit ejus rem furripi.

Secundò aduersatur *l. 1. §. qui à me vi. ff. de vi & vi arm.* vbi violenti possessori datur interdictum Vnde vi, si vi de fundo iterum deiciatur. Resp. *Sunt. in d. l. 12.* quòd potest agere interdicto Vnde vi ad possessionem quæ tibi vi crepta est, recuperandam, quo casu non habet actionem ex improbitate sua, sed auferentis. Sed non potest agere actione furti
ad du

d duplum vel quadruplum, quia actio furti datur propter id quod interest agentis, sed nemo ex improbitate sua consequitur actionem, quod iam interfuit ex turpi causa.

ASSERTIO LXXII.

Furtum iure naturæ prohibitum est.

PROBATVR hæc assertio in l. i. ff. de furt. vbi dicitur, quod lege naturali prohibitum sit furtum admittere. Idem affirmat *Vlpia. in l. probrum 42. de V.S.* vbi dicitur, quod furtum & adulterium natura turpe sit. Ex iure enim naturali discrimen honestorum & turpium sumitur; Cui onsentit vox divina in Decalogo expressa. Non furtum facies: cuius recepta homini à natura esse inrita, nemo est qui nesciat. Concordat §. i. *inst. de obligat. quæ ex delict. nasc.* vbi dicitur, quod furtum lege naturali prohibitum est admittere.

Obijcitur, quod apud *Lacedæmonios & Aegyptios* impunè furari licebat. mò apud *Lacedæmonios* laudi ducebatur furtum committere, nec deprehendi in furto, quod hoc potissimum exercitamento cautiore & maioris industriæ fierent adolescentes. *Gell. lib. xi. noct. Attica. cap. xviii.* Ergo iure naturali furtum non est prohibitum, quia apud omnes gentes furta non sunt punita, cum ius gentium sit, quod apud omnes gentes per æquè exceptum & approbatum est. *l. omnes populi. ff. de iust. & iur.* Respon. Ius gentium non est æstimandum ex vnius Populi deprauatis moribus, neque dedò quid desinit esse iuris gentium, quod ab eo vnius gentis corruptiores desciuere. Præterea *Gellius* tantum dicit furta impunita fuisse apud *Lacedæmonios*; sed propter impunitatem & pœnæ remissionem non esset turpitudine delicti. *l. vlt. C. de gener. abolit.* Vnde etiam istæ nationes apud reliquas gentes malè audierunt, quod furta impunita relinquerent. Quinimò longè rectius hodie apud *Tartaros & Moscoritas* homines feroces & barbaros levissima furta morte puniuntur. Idque ideò sit, quia rarissima apud eos sunt oppida, & in tuguriolis aut casis humilibus fortunæ cuiusque sunt positæ, referente *Bodino libro 6. de Repub. cap. vlt.* Dissentit ab hac sententia *Alciatus in d. l. 42. de V.S. & lib. i. diffunct. c. 10.* vbi tradit furtum non naturæ, sed civili lege probrum esse.

ASSERTIO LXXIII.

*Etiam furti tenetur, cuius ope vel consilio
tantum furtum factum est.*

PROBATVR hæc enunciatio in *l. si quis uxori* 52. §. *neque*. ff. de furt. vbi dicitur, opem ferre, vel consilium dare, tunc nocet, cum secuta est congestatio. *fa. l. qui seruo*. 36. ff. eo. Eandem sententiam confirmat *l. sepè* 53. de V. S. vbi dicitur, hæc verba, Ope, consilio alicuius furtum factum esse, separatim & disiunctiue, non copulatè accipienda esse.

Vehementer pugnat cum hac assertione §. *interdum*, inst. de oblig. quæ ex *delic. nasc.* vbi dicitur, quod qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed consilium tantum dedit, non tenetur furti. Distinguendum est. Aut postquam quis consilium dedit, furtum non est secutum; & tunc furti, qui consilium tantum dedit, non obligatur. Aut furtum secutum est; & tunc tenetur consultor atque hortator ob malignum consilium. Ita d. §. *interdum*, supplendus est ex *l. in furti* 50. §. *ope*. & §. *sequi*. & *l. si quis uxori* 52. in princ. §. *neque verbo*. ff. de furt. Quod tunc maximè verum est, si absque consilio furtum facturum non erat, qui surripuit. arg. *l. non solum*. §. *si mandato*. ff. de iniur. Ita distinguunt Accur. in d. *l. sepè*, & Minf. ad d. §. *interdum*. Inst. de oblig. quæ ex *delic. nasc.* A qua sententia dissentit Wesem. in d. §. *interdum*.

Sed adhuc obijcitur, quod rei turpis nullum est mandatum. *l. si remunerandi*. §. *rei turpis*. ff. Manda. *l. si à Reo* 70. §. *ult*. ff. de fideius. Ergo ex inhonesto & improbo consilio vel mandato nulla competit actio. Resp. Nullum est mandatum, quoad actionem pariendam inter mandantem & mandatarium, sed quantum ad actionem dandam ei, in cuius perniciem mandatur, mandatum vel consilium turpe & iniustum obligat. Bart. ad d. §. *si mandato*. per d. *l. si à Reo* 70. §. *ult*. ff. de fideius.

Planè qui per lasciuiam & absque dolo occasionem furandi alicui præbuit, in factum actione tenetur. *l. si seruus seruum* 27. §. *si quis de manu*. ff. Adl. Aquil. *l. in furti* 50. §. *ult*. ff. de furt. d. §. *interdum*. Imò videtur quod & eo casu detur actio furti per d. *l. in furti*. §. *ope*. & *l. si quis uxori* 52. §. *si quis de manu*. ff. de furt. Resp. Aut sciebat alios furtum facturos; & eo casu furti tenetur. *l. qui seruo*. §. *plus Pomponius*. ff. de furt. Aut fecit per lasciuiam, & non eo animo, ut quis furtum faceret; & tunc actione in factum tenetur.

ASSER.

ASSERTIO LXXIV.

*Cum actione vi bonorum raptorum, etiam
furti manifesti actio compe-
tere potest.*

CONCVRRIT cum actione vi bonorum raptorum actio furti. *l. 1. ff. Vi bo. rapt.* Vtra autem actione teneatur raptor; furti manifesti, an verò nec manifesti, altercantur DD. Verior est sententia, quam defendunt *Accur. & Hotom.* si fiat rapina manifestè, furti manifesti actio competat, alioqui nec manifesti furti teneatur. Itaque si raptor fuit deprehensus in ipso delicto, vel contra eum acclamatum, tenetur etiam furti manifesti. *l. si vendidero 80. §. cum raptor. ff. de furt.* Si verò non fuit deprehensus, el non fuit contra eum acclamatum, vt quia armatus vel coactis hominibus intravit domum alterius, & neminem ibi inuenit, tunc tenetur furti nec manifesti. *l. si quis 52. §. fin. ff. de furt. Cuiac. lib. Obs. 6. c. 2. & imparatit. l. C. Vi bo. rapt. Iason ad §. ex maleficio. num. 21. Inst. de act.*

Hoc tamen sciendum, quòd cum furti quis egerit, siquidem manifesti, actione vi bonorum raptorum agere non potest. Si verò nec manifesti agit, potest, vt tamen id tantum consequatur, quod amplius est in bonorum raptorum actione. Sin autem prius egerit vi bonorum raptorum actione, actione furti nec manifesti experiri non poterit. *d. §. fina. d. l. 1. l. si uis egerit 88. ff. de furt.* Ab hac sententia perperam dissentit *Mins. ad §. 1. Inst. vi bo. rap.* qui tradit, raptorem, licet sit fur manifestus, tamen furti manifesti actione non teneri, sed nec manifesti tantum.

ASSERTIO LXXV.

*Summæ liquidò debitæ, quæ aliter exigì non
potest, furtum est illicitum.*

QUOD nemo possit propria auctoritate, vel clam siue furtiuè debitum suum à debitore consequi, sed apud magistratum teneatur exigere iudicio, probatur euidenter ex eo, quòd ideo iudiciorum vigor in medio positus est, ne quis sibi ipsi permittere valeat ultionem. *l. nullus. C. iude.* quòdque singulis concedendum non est, quod publicè per magistratum

stratum fieri debet, ne occasio sit maioris tumultus faciendi; & ut scandala evitentur, quæ inde exoriuntur, quòd quis sine iudice, & non servato iuris ordine rem sibi debitam clam & furtivè aufert. *l. non est singulis. ff. de R. I.*

Obijcitur *l. ait Pretor 10. §. si debitorem. ff. Quæ in frau. cred.* ubi dicitur, licere creditori debitorem fugientem propria auctoritate apprehendere, & pecuniam secum ferentem ab eo auferre. Similiter traditur in *l. generali 54. C. de decur.* quòd competat manus iniectio ordini in decurionem. Resp. Iste leges eo demum casu locum habent, si desit copia magistratus, & periculum sit in mora, quòd tum demum liceat debitorem propria auctoritate apprehendere; si inquam evidens periculum sit, ne debitor aufugiat, & non sit præstò copia magistratus. Cautum enim est iure, quod ubi periculum est in mora, à communis iuris regulis receditur, *l. de pupillo. §. si quis riuos. ff. de no. op. nunc.*

Secundo aduersatur *l. cum qui 14. §. 1. ff. de furt.* ubi dicitur, quod emtor qui soluto precio rem emptam venditori subtrahit, non teneatur furti. Respon. Ideo emtor eo casu furti actione non tenetur, quia venditor custodiam rei venditæ præstare tenebatur, quo casu ad exactissimam rei custodiendæ diligentiam, & sic de leuissima culpa adstringitur. *l. 2. §. 1. ff. de peric. & comm. rei vend.* Quia autem furtum leuissimæ culpæ custodientis imputatur, *l. cum duobus 52. §. damna. ff. Pro soc.* hinc fit, ut furtum non emtori, sed venditori imputetur, propter negligentiam in re custodienda adhibitam.

Tertiò obijcitur *l. cum creditor 55. ff. de furt.* ubi traditur, quod creditor qui rem sibi obligatam pignori aufert, non tenetur furti. Cui iterum repugnat. *l. 3. C. Vi bo. rapt.* ubi rapiens res sibi obligatas tenetur actione vi bonorum raptorum, in quadruplum. Resp. Vel dicendum est, quod in dubio creditor auferens pignus, furtum non censetur committere, quia hoc non facit animo furandi, sed ut pignori incumbat. Vel dicendum, quod tum demum creditor furti non teneatur, si abstulit rem vel ex conventionne, vel iudicis auctoritate. Ita decidunt *Acc. & Bart. in d. l. cum creditor. per l. penul. C. de pig. act.*

Postremò graviter adversatur locus *S. Scriptura, Exodi 12. vers. 34. & 35.* ubi cum Israëlita non possent recipere mercedem sibi pro labore ab Ægyptijs debitam, commodato acceperunt ab Ægyptijs pocula aurea, argentea, & vestes, & ijs spoliarunt Ægyptios, secumque abstulerunt, nec dicuntur hoc facto deliquisse. Resp. Israëlita spoliando Ægyptios, non peccaverunt, siquidem faciebant hoc mandato Dei, & habebant manifestum præceptum Dei, qui iusserat, ut fraudarent & spoliarent Ægyptios, quia debebant

debant Aegyptij Iſraëlitis mercedem pro ſervitute, & oppreſſione du-
 ſſima. Quanquam levis ſanè & exigua erat compenſatio, pro oppreſſio-
 Populi tam diuturna, proque filijs occiſis, vaſorum aliquot aureorum,
 genteorum, & veſtrum ablatio. Contrariam ſententiam, quod licet ali-
 ii rem propriam ſurripere, quando eam per viam iuris, vel iudicem
 conſequi non poteſt, tenent & approbant *Chaffin. in conſu. Burg. rub. 1. §. 5. in*
rb. pour la premiere fois. Covar. lib. 1. Var. reſol. c. 2. nu. 15. arg. l. generali 54. C. de decur.
110. Virius lib. 2. commun. opin. opin. 133.

ASSERTIO LXXVI.

*Actio de tigno iniuncto datur tam contra
 bonæ, quàm malæ fidei adificato-
 rem in duplum.*

IVE quis ſciens, ſive ignorans tignum alienum ædibus ſuis iunxit,
 datur domino de tigno iniuncto actio in duplum. *l. 1. & 2. ff. de tig. in-*
iun. l. in rem 23. §. tignum. ff. de rei vend. Contra ſurem ſive malæ fidei
 dificatoreſ datur præter actionem de tigno iniuncto, etiam actio ad
 hibendum, & rei vendicatio, non vt tignum eximatur aut ſoluatur
 quia non poteſt ſolui aut eximi tignum ædibus, vetante id lege 12. tab.
 & ædificia ruinoſa fiant) ſed vt præſtetur quanti ſua intereſſe dominus in
 rem iuraverit. *l. qui res 98. in fin. iuncta. Gl. ff. de ſolut. d. l. 1. in fi.* Quæ actio-
 nis diſſoluto ædificio dantur contra eundem, licet dominus duplum
 in ſit conſecutus: *l. 7. §. cum in ſuo. ff. de acqu. rer. dom.* Ille verò qui bona
 de tignum alienum ædibus ſuis iunxit, ſoluto duplo liberatur. Ita ac-
 piendus eſt. *§. cum in ſuo. Inſt. de rer. diſiſ.* vbi dicitur, poteſt dominus, ſi
 non ſit duplum conſecutus, diruto ædificio tignum vendicare, vt hoc
 contineat in bonæ fidei poſſeſſore, qui ſoluto duplo aliis actionibus libe-
 retur. Hac diſtinctione has leges conciliat *Fornerius ad l. tigni 62. ff. de verb.*
n.

Illud autem notandum, quòd lex 12. tab. ſolùm cauit de tigno furtiuo,
 unde appellatur tignum furtivum in *d. l. 1.* Idque aperrè comprobat *l. de*
63. ff. de dona. inter vir. & vx. Ideoque & ſtatim poſt titulum de furtis col-
 leatur titulus de tigno iniuncto, quòd ea actio ſolùm ad tignum furtivum
 pertineat. Nihil impedit tamen, vt nihilominus id furtivum dicatur, licet
 bonæ fidei poſſeſſore ædibus ſit iniunctum: quia nihil vetat, quo minus
 tignum ab alio ſurreptum, aliis bona fide includat & iniungat.

P p p

Obijcitur,

Obijcitur, quod bona fides non patitur duplum præstari à bonæ fidei possessore. *l. bona fides. ff. de R.I. Resp.* Hoc fit ideò, quia dominus contra voluntatem suam priuatur rei suæ dominio, tum etiam quod magni solet interesse domini, tignum ei non auferri, quod ad structuram ædificij sui iam paratum & apratum habebat. *Cuiat. lib. 23. Obs. c. 19.* ita respondet, quod ideò teneatur in duplum, qui bona fide tignum alienum ædibus suis iunxit, quia scilicet apud eum conceptum est tignum furtivum. Concipere est inuenire & deprehendere, est quædam actio furti concepti. Et hoc est, quod ait lex *x i i. tab.* tignum ædibus iunctum & conceptum, quod sit specialis actio tigni concepti in duplum. Contra ignorantem ergo, id est, qui tignum alienum furtivum ignorans ædibus suis bona fide iunxit, datur actio de tigno iniuncto in duplum, si sit furtivum; si non sit furtivum, dabitur actio prætoriana in factum pretij nomine in simplum. *d. l. in rem. §. item quacunque. d. l. qui res. §. ult. d. l. de eo.*

A S S E R T I O LXXVII.

*Conuicij Veritas non excusat conuiciantem, quo
minus teneatur iniuriarum actione,
iuxta communem DD.
opinionem.*

QUOD ad contumeliam vel infamiam alicuius dicitur, quod vel infamia facti apud bonos viros eum grauat, vel contumeliosum apud alios eum reddit, iniuria est, etiam si quod obijcitur, verum est. Nec enim sufficit veritas criminis, sed necesse est ex alia causa obijci, quàm contumeliæ gratia. Et in actione iniuriarum non tam veritas conuicij, quàm voluntas & libido iniuriantis attenditur. Facit *l. 2. in fin. princ. C. Quan. & quib. quar. pars. lib. 10.* ubi dicitur, quod alterius defectus, vitia vel infamiam sine causa detegere, in humanum & iniuriosum est. Hæc est verior & communior DD. opinio & probatur. *per l. 3. C. de off. rect. prætor. in verb. si veræ voces sunt, nec ad libidinem per clientelas effusæ. Wifem. in parat. de iniur. nu. 8. Fachin. lib. 9. contro. iur. c. 10.*

Obijcitur *l. cum qui 18. ff. de iniur.* ubi dicitur, Eum qui nocentem infamat, non est æquum ob eam rem condemnari; peccata enim nocentium nota esse oportet & expedit. Communiter ita distinguitur. Aut obiectum crimen detegi, interest Reipub. & tunc iniuriarum non tenetur, qui

verum

trum crimen obijcit, vt si quis alium proditorem homicidam, adulterum, vel leprosum esse per convicium obijciat. Si verò non interfit Reipublicæ id crimen detegi, vt si quis aliquem appellet fatuum, luscum, mendicum, vel spurium, tunc iniuriarum actio competit contra iniuriantem. *l. quod Reipublica 33. ff. de iniur. l. siquidem auiam 10. C. de iniur. l. vnic. C. de fals. libel.* Ita ex communi DD. sententia distinguunt Gail. lib. 2. *Observat. 19. Rober. lib. 2. sent. iur. cap. 7. Corras. lib. 6. Miscel. cap. penul. Covarra. lib. 1. iur. resol. c. 11.* Huc non inconcinne illud referendum, quod scribit Horat.

lib. 2. Satyr. 1.

*Si mala condiderit in quem quis carmina, ius est
Iudiciumq; esto, si quis mala, sed bona si quis
Iudice condiderit, laudatur Casare, si quis
Opprobrijs dignum latraverit, integer ipse
Solventur risu tabula, tu missus abibis.*

lanè si mutuis convicijs inter se aliqui certaverint, vt si delictum ali-
quod in fame obijcienti alicui dicatur, tu mentiris, verius est delictorum
compensationem fieri. *l. viro 39. ff. Sol mat. vbi dicitur, quod paria deli-
cta mutua compensatione dissolvuntur. l. si ambo. 10. ff. de compens. Id-
em Bart. & Castrensi probatum est, in l. que omnia 25. §. 1. ff. de procur. Iasoni
l. vt vim. ff. de iust. & iur. Gail. lib. 2. Obs. cap. 100. Contra quam Iulius Clarus
communiter receptum perhibet. in §. quaro etiam. vers. iniuria. de iniur. Villan-
bos in commun. opin.*

ASSERTIO LXXVIII.

*Actio iniuriarum prætoria, anno continuo finitur;
actio verò iniuriarum ex l. Cornelia,
est perpetua.*

QUOD anno continuo duret actio iniuriarum prætoria, probari po-
test ex *l. si non conuicij. C. de iniur.* vbi cum simpliciter lex dicit eam an-
no finiri, hoc de continuo anno est accipiendum. Quoties enim in
re tempus vtile non exprimitur, semper continuum esse intelligitur. *tex.
l. genero. ff. De his qui not. infra & ibi Bart. num. 1. l. siue pars. C. de dilat. l. vlt. ff.
diver. temp. præscr. Gloss. notab. in Clem. vnic. in verb. continuum, de rest. in integ.
vil. lib. 2. Obs. c. 105. vbi actionem iniuriarum anno continuo finiri de-
dit.*

Obijcitur, quòd iniuria scripto illata, vt si quis aliquem famoso libello

Ppp 2

traducat,

traducat, perpetuò duret, & maneat, semperque loqui censeatur, ideoque semper iniuria fieri & perdurare intelligitur. *Zaz. ad l. cum lex. ff. de legib. per l. Arriani. C. de heret. Resp.* Iniuria non à scriptura vel libello, sed à voluntate & animo potius iniuriam inferentis aestimatur. *l. 1. ff. de iniur. l. qui iniuria. ff. de furt.* Hic autem animus contumeliæ, à quo hæc res penditur, potest non durare, quia voluntas hominis est mutabilis, etiam si scriptura duret. Ita decidit *Wesem. consil. 22. num. 7.* quod etiam actioni iniuriarum ex iniuria scripta descendenti anno præscribatur.

Secundò obstat, quod iniuria per metum illata, dicatur anno vtili exolescere. *l. 14. §. post annum ff. Quod met. causi. Resp.* Hoc speciale est in iniuria per metum illata, hæc enim grauior est alia simplici iniuria, ideoque hæc actio diutius durat.

Actio iniuriarum ex *l. Cornelia* est perpetua, quia à lege introducta est, actiones autem ex legibus descendentes sunt perpetuæ. *Inst. de perp. & temp. act. in princ.* Et hæc sententia, quod pro omni iniuria, quæ manu fit, seu quæ ex *l. Cornelia* descendit, actio iniuriarum perpetuo competat, communi D D. opinione est recepta. *Not. Fab. in l. si non conuicti. C. de iniur.* Et ita in *Camera imperij* iudicatum notat *Minf. cont. 1. Obser. 87. & cont. 1. Obser. 8.* Dissentit *Gail. lib. 2. Obser. cap. 104.* ubi iniuriam scriptura factam perpetuam esse, in *Camera imperij* iudicatum refert, unde post annum quoque actio de iniuria per famosum libellum illata, intentari poterit.

A S S E R T I O LXXIX.

Carcer de Iure ciuili pœna non est.

HÆc assertio expressè traditur in *l. aut damnum 8. §. solent. ff. de pan.* ubi inquit *Vlpianus*, sententiam non valere, quia quis damnatus est, ut in carceribus contineatur, quia carcer non ad puniendos, sed ad continendos homines haberi debet. *l. 1. & l. ult. C. de custod. reor.* ubi *Imp. Constantinus* rescribit, quod carcer innocentibus miserum septum, noxijs non satis severum dignoscitur esse supplicium. Nemo ergo ad perpetua vincula damnari potest, quia hæc non est legitima pœna à iure admilla. *l. mandatis 35. ff. de pen.*

Sed refragatur *l. Diuus. ff. de custo. & exhib. reo. & l. 2. C. eo.* ubi dicitur, quod qui graue scelus admisit, debet carceris pœnam sustinere, cum de admissio crimine constiterit. *Respon.* Non debet Reus perpetuis vinculis propter

propter delictum perpetratum damnari, verum ad tempus tantum custodia causa in carceribus detinendus est, donec de intentato crimine diuini subeat supplicium.

Secundo repugnat *l. S C^{to} 38. ff. de iniur.* ubi qui ad statum Principis ad iudiciam alicuius aufugit, in publica vincula mittitur. Similiter traditur *l. 1. in fin. ff. de aliter.* quod qui compellit aliquem ad ludendum alea, in rumias, hoc est, loca cadendis lapidibus destinata, vel in vincula publica duci debet. Resp. Aliud est vinculis publicis quem detineri, aliud erò ad perpetuos carceres damnari: nam qui in vincula seu ergasteria publica mittitur, hic nihilominus usum ciuitatis retinet. Qui verò ad perpetuos carceres damnatur, ille ab omni hominum commercio & conuersatione remouetur, & carceris claustris inclusus, ciuitatis usum amittit. Leuior ergo est damnatio ad vincula publica, quàm ad perpetuos carceres; ut disertè ostenditur in *l. succurritur 9. ff. Ex qu. cau. maio.* Limitatur et assertio, ut non procedat iure Canonico, quo pœna carceris perpetui roboratur, ut in *c. nouimus. de sent. excom. c. antiqua de heret. c. quatinus de pœn. in 6.* hic conuictis de praua heresi assignari solet pro pœna perpetuus carcer. ut *commissa de heret. in 6. Clem. 1. de heret.* ubi DD. De pœna perpetui carceris plura scribunt Petr. Greger. lib. 21. *Synagm. cap. 33. nn. 23. & 24. Menoch. lib. 1. arbitr. iud. quæst. quæst. 89. Gal. lib. 1. de pace publ. c. 1. nn. 32.* Vide & *Citat. lib. obf. 4. cap. 34.* ubi tractat de illegitimis & interdictarum pœnarum generibus iure ciuili, inter quæ recenset has pœnas, ne quis inedia vel fame necetur, eim ne quis carcere perpetuo pœnæ causa contineatur, denique ne quis pœnæ causa quæstioni vel tormentis subiiciatur.

ASSERTIO LXXX.

*Etiam in meretricem nuptam adulterium
committitur.*

VINDICATVR adulterium, non solum in vxore iusta, sed etiam vulgari, quæ quæstum corpore fecit, & pudicitiam vulgauit. *l. si vxor 13. § 1. ff. Ad l. Iul. de adult.*

Sed obicitur, quod dicitur in *l. fisa que 22. & l. que adulterium 29. C. Ad l. Iul. de adult.* ubi constituitur, in prostituta sceminis adulterii crimen cessare. Respon. Istæ leges ita sunt accipiendæ, quod istæ sceminæ prostitute pudicitia, pœna quidem adulterii teneantur, verum viri cum his consuetudinem habentes leuius & mitius puniuntur. Ratio est,

Ppp 3

quia

quia thorum alienum violasse non putantur, utpote cum pudoris apud ipsas, quæ se omnibus prostituunt, nullus habeatur respectus, atque huiusmodi mulieres non amplius pro vxoribus, sed pro scortis sunt habende, quantum ad pœnam Viri atinet, qui cum illis prostitutis rem habet. *Wejemb. ad tit. ff. Ad l. Iul. de adult. num. 6.* Ita in curia Electoris Saxoniae provinciarum, atque Ordinariam pœnam maritis, cum huiusmodi coniugatis fœminis prostitutis consuetudinem habentibus, remissam esse, ex receptiori DD. opinione testatur *Daniel molle. lib. 2. semest. c. 36.* Aliter has leges explicat *Alciat. lib. 2. περὲς γυν. c. 20.* ubi accipit vxorem vulgarem pro plebeia, seu obscuro loco nata, seu ex aduentitio vulgo, *allato loco ex Suetonio in Vitellio. c. 2.* ubi inquit, Ex muliere vulgari Antiochi cuiusdam furnaticam exercentis filia, equitem Romanum genuit.

ASSERTIO LXXXI.

Sponsa de adulterio accusari potest.

CONTROVERSA quæstio est, utrum sponsa, quæ nondum contraxit matrimonium, possit accusari de adulterio, si fornicetur. Verior tamen est sententia, eam non simplicem scortationem, sed potius adulterium committere. Quod euidenter probat *l. si vxor. 13. §. Diui. ff. Ad l. Iul. de adult.* ubi Diui Seuerus & Antoninus rescripserunt, etiam in sponsa adulterij crimen vindicandum, quia nec matrimonium qualecunque nec spem matrimonij violare permittitur. Idem confirmat *d. l. si vxor. §. si minor.* ubi deciditur, si minor xii. annis in domum viri deducta adulterium commiserit, moxque apud maritum ætatem exceßerit, cœperitque esse vxor, non poterit quidem iure viri accusari ex eo adulterio, quod in minori ætate commisit, sed quasi sponsa accusari poterit, ex rescripto D. Seueri, quod supra relatum est. Denique hanc sententiam apertè comprobant *l. propter 7. C. Ad l. Iul. de adul.*

Obiicitur, quòd non potest dici adulterium, quia per fornicationem non violatur thorus connubialis, qui nondum est, nudis sponsalibus tantum contractis. Respondendum. Sufficit in crimine adulterij, ut spes iusta matrimonij violetur. *d. §. Diui.* quæ spes vinculum matrimonij inducit, donec vel alio matrimonio, vel repudio dissoluatur. *l. 2. §. in sponsalibus. ff. de duor. & repud.*

Secundò aduersatur *l. miles 11. §. quærebatur. ff. Ad l. Iul. de adult.* ubi dicitur, quòd vir iure mariti non possit accusare eam fœminam, quæ cum ei desponsata esset, alii à patre in matrimonium tradita fuit. Ex quo apertè probatur,

atur, mulierem desponsatam vni, altere nubere posse sine crimine adulterii; cum tamen ea quæ durantibus primis sponsalibus alteri denuò secundò nubit, adulterii crimen committat, & infamia noceatur. *l. 1. ff. de his qui no. nsa. l. eum qui duas. C. Ad l. Iul. de adul. in verb. etiam crimen stupri committit*, quasi dicat, non solum crimen stupri, sed etiam adulterij committit, qui binas nuptias, binave sponsalia eodem tempore constituta habet. *l. 1. Respondendum.* Quando à sponsalibus primis discessum est, tunc non committitur adulterium ab ea, quæ contrahit matrimonium cum alio. vt in *d. §. quærebatur.* qui expressè hoc innuit, dum vtitur hisce verbis, Priori desponsa puella, à patre in matrimonium alii fuit tradita. Sed si non discessit à prioribus sponsalibus, neque separauit se à priori sponsalibus, & durante isto statu contrahit matrimonium vel sponsalia de presenti cum alio, tenetur crimine adulterii, quia eodem tempore bina sponsalia, vel binas nuptias, vel sponsalia cum aliis nuptiis simul constituta habet. prædictas leges eleganter conciliat *Sarnientus lib. 1. Select. interpretat. c. 5.* vide etiam de hac quæstione differentem *Cuiat. lib. 6. Obseru. cap. 16. & Br. 20. c. 16. & Anton. Fabr. lib. 3. coniectur. iuris c. 6.*

ASSERTIO LXXXII.

*Immunitatem à pœna legis Corneliæ, præbet
corporis, non famæ, non bonorum
defensio.*

PRO defensione bonorum & famæ non licet quempiam impunè occidere, nisi cum rerum seu bonorum defensione etiam periculum vitæ fuerit coniunctum. *arg. l. vt vim. ff. d. iust. & iu. l. scientiam 45. §. qui aliter. ff. Ad l. Aquil. l. 1. §. vim vi. ff. de vi & vi arm.*

Obiicitur quòd fama hominis & vita æquiparantur. *l. iusta. ff. de manu. ad l. isti 8. ff. Quod met cau.* Respondendum. Ista comparatio admittitur in multis casibus, vbi est par & eadem ratio, videlicet quoad restitutionem integrum concedendam ex isto metu illatam. Verùm in hoc grauissimo crimine homicidii excusando, non sufficit honoris & famæ iactura.

Secundò obiicitur *l. 1. C. Vnde vi. & l. 3. §. eum igitur. ff. de vi & vi arm. l. 6. C. Ad l. Iul. de vi pub.* vbi dicitur, posse vim illatam in bonis vi licitè repellere, & eum qui nos de possessione deiicit, iterum armis repellere. Respondendum. Potest quidem possessionem suam armis quis tueri & recuperare, sed

licui obiecit. Si enim cum, cum ad sobrietatem redierit, eius pœniteat, pena minuenda, aut in totum remittenda est. *arg. l. quicquid calore 48. de R.I. cum apud. 11. quest. 1.* Aut delicta sunt huiusmodi, quæ per pœnitentiam vocari non possunt; vt si quis occiderit hominem, adulterium vel stuprum commiserit, tunc non posset vllatenus per pœnitentiam mitigari ut excusari delictum, etiam si fuisset calore ebrietatis perpetratum. *Ancl. in l. si non conuict. C. de iniur. Lant. ad tit. de confes. num. 3. & 4.*

Notanda quoque est elegans distinctio tradita ab *Andrea Gail. lib. 2. Obs. 110. num. 23. & seqq.* vbi distinguit inter ebrietatem, quæ casu, clam & ignoranter irrepit, & ebriositatem, quæ ex habitu vicioso & continuato nascitur, vt huic ordinaria pœna, illi arbitraria & mitior imponatur. Sic exempli gratia, *Noah* qui primus vineam plantavit, correptus vini dulceline fuit aliquando ebrius, *Genes. 9.* quamvis absit, vt propterea dici debeat ebriosus. Vide latius de hac quæstione *Menoch. de arbitrar. iudic. lib. 2. centu. 4. casu 126.* Non prætermittenda quoque est, *Pittaci lex* relata ab *Aristot. polit. 2. c. ult.* qua iubet ebrios, si quem pulsauerint, verberauerint, aut iniolens & violentum aliquid perpetraverint, maiorem pœnam luere, quam obrius. Nam eo quod plures sunt ebrij, quam sicci, qui petulanter alios edant: noluit intueri veniam, quæ potius danda est vino sepultis, sed commodum & vtilitatem societatis humanæ. Causa legis huius ferenda fuit. *Pittaco*, quia sæpius ebrij alios pulsan, quam sicci. Iam regula iuris est, Quod frequentiora sunt delicta, eò grauius punienda. *l. aut facta 16. §. ult. ff. de pœn.* vbi dicitur, crescentibus delictis maleficiorum pœnas exacerbari; in summa ebrius delinquens duplici pœna est afficiendus, cum sit in eius potestate ebrium non fieri, quod id efficere non studuit; deinde ob patrum scelus. Hinc fideliter moneo adolescentes vt sedulo, sibi ab immoderato vini vsu caveant, sequantur & consilium prudentissimum *Horatij*, quod ita habet,

Lasisti satis, edisti satis, atque bibisti,

Tempus abire tibi, ne potum largius a quo,

videat, & pulset lasciva decenrius ætas. Hanc posteriorem sententiam implectitur quoque diligentissimus & solidus *I. C. Hieron. Trentlerus* in disputationibus ad *Pandectas*, *disput. de pact. thes. 5. lit. a.* dum inquit, ob delicta in ebriate commissa, pœnam remittendam aut mitigandam non absolute concesserim.

ASSERTIO LXXXIV.

Pœna l. Cornelia subiacet, qui poculo amatorio quempiam interfecit.

TRADITUR & proponitur hæc decisio apertè in l. si quis 38 §. qui ab-
tione ff. d. pen.

Sed obijciuntur in lege ff. Ad l. Corn. de sicar. vbi habetur, quod nu-
quam debet imponi pœna mortis, quando committitur homicidium sine
dolo. Idem traditur in l. 1 §. Diuus. & l. Diuus. ff. Ad l. Corn. de sicar. vbi pro
gula traditur, nunquam pœnam mortis inferri, sine dolo, & proposito
occidendi. Atqui ille qui poculum amatorium alicui propinat, non ha-
bet propositum aliquem interficiendi, sed intendit hoc philtro seu pha-
maco amorem puellæ vel mulieris sibi conciliare, & sic est extra dolum
Resp. In hoc casu interuenit dolus saltem implicitus, ex eo, quod fec-
rem illicitam, dando poculum amatorium, ex quo verisimiliter potu-
sequi mors, vnde tenetur pœna mortis. Si verò sine dolo malo cau-
amoris liciti dedit pharmacum vel philtum, ex quo mors secuta est, il-
qui dedit, non tenetur pœna ordinaria legis Corneliae, sed tantum pœ-
relegationis, damnationis in metallum, amissionis bonorum, vel alia ex-
traordinaria.

Secundò aduersatur l. 3. §. sed ex SCto. ff. Ad l. Corn. de sicar. vbi quæ dedi-
poculum conceptionis, ex quo mulier mortua est, non punitur ordinari
pœna legis Corneliae, sed tantum relegari iubetur. Resp. Ibi dedit medi-
camentum causa rei licitæ, scilicet causa conceptionis, ideoque cessat pœ-
na ordinaria homicidii: Qui verò dat philtum, vel poculum amatorium
impudici amoris, vel abortionis causa, dat operam rei illicitæ, ergo al-
ordinaria pœna non excusatur, si his illicitis remediis hominem quis in-
terficiat. Hanc sententiam defendit Ceras lib. 1. Med. c. 24. vbi eum, qui po-
culo amatorio hominem occidit, ultimo supplicio damnandum conclu-
dit; licet ab Arcopagitis, fœmina hujus criminis rea sit absoluta. Cujus
re testimonium extrat apud Aristot. lib. 1. Ethic. c. 16. vbi ita scribit. Ferunt
olim quandam mulierem cuidam poculum amatorium dedisse, qua po-
tione ille mortuus sit, eamque mulierem ob hoc cæmen in Arcopagum
pertractam, iudicum sententijs fuisse absolutam, ea ratione, quod id mi-
nimè futurum præviderat: amoris siquidem cupidine occæcata id fecerat,
non ea mente, vt hominem perderet, sed sibi soli seruariet. Vbi ergo mi-
nus

ius peccandi non est, ibi nec pœna, nec supplicium esse debet, cum ea untaxat puniantur, quæ sunt voluntaria. *Alci. lib. 7. Parerg. c. pen.* vbi tamen obijcit, non rectè judicasse Areopagitas, & allegat exemplum in Lucre-
o poëta, quem Lucilia vxor amatorio poculo in furorem traxit, vnde &
ortus est, vt legitur apud Hieronymum.

ASSERTIO LXXXV.

*Qui Titium interficere volens, Seium interfecit,
lege Cornelia tenetur.*

RA T I O assertionis est, quia dolus in genere, itemque animus occi-
dendi adfuit. Ita probat text. singularis in *l. eam qui 18. §. si iniuria. ff. de
iniur.* Sufficit enim in crimine homicidij dolus in genere, licet non
commisus in specie. Probat etiam hanc sententiam *l. scientiam 45. §. pe-
l. ff. Ad l. Aquil.* vbi dicitur, quod qui defendendi sui causa lapidem in
duerfarium projecit, & prætereuntem percussit, tenetur lege Aquilia ad
teresse. Hanc decisionem tuctur etiam *Bart. in l. perspicendum x 1. §. 2. ff. de
m.*

Sed obijcitur *l. 3. §. fina. cum l. sequ. ff. de iniur.* vbi traditur, quod si quis vo-
lit percutere seruum proprium, & ex errore occiderit alium liberum ho-
minem, non tenetur injuriarum. Respondendum. Ibi non interuenit do-
s, neque percussor habuit animum delinquendi, ideoque error eum ex-
stat. Nam dedit operam rei licitæ, existimans se seruum suum cedere,
quod domino licet. *toto tit. C. de emend. seruo.* Ita eum textum declarat *Bartol.
deo. quem sequitur Coraf. lib. 4. Miscel. cap. 11.*

Secundò repugnat assertioni, quod omnis actus errore gestus, nunquam
peccat gerenti, quia consensu caret. *l. si per errorem. ff. de iurisd.* Respon. Licet
error commissus sit in persona, tamen in genere delinquens consensit in
delicto, & habuit animum hominis alicujus occidendi.

Obstat denique *d. l. respiciendum x 1. §. penul. ff. de pœn.* vbi dicitur, casu cum
delinquere, qui cum venando telum in feram mittere vellet, hominem
interfecit. Atqui si casu dicitur deliquisse, extra culpam est, ac proinde
non puniendus est. Similiter nec ille pœna afficiendus est legis Corneliæ,
qui cum Martium occidere vellet, Seium interfecit, quia casu videtur de-
quisse. Responden. In prædicta specie, ille qui cum inter venandum
lo feram perire volebat, hominem interfecit, non puniatur corporali-
ter, quia opera dedit rei licitæ. *Bart. in d. §. penul.* Approbat hanc solutionem

Fachin. lib. 1. contro. iur. c. 37. Gomezius lib. 3. Var. resol. c. 3. nu. 37. Diverſum ſentiunt Angel. ad l. ſi cum ſervo. 4. ff. de iniur. Iaſon ad l. 1. nu. 18. ff. de iniur. Tyaqu. de pæn. leg. temper. cap. 14. nu. 4.

ASSERTIO LXXXVI.

*Lex Iulia peculatus, non ſolùm de pecunia ciuitatis
Romane, ſed etiam aliarum ciui-
tatum accipienda eſt.*

Lex Iulia peculatus eos coërcet, qui pecuniam publicam furati ſunt vel interceperunt, l. 1. ff. Ad l. Iul. pecul. Dicitur autem pecunia publica, quæ ad Pop. Romanum pertinet, nam aliæ ciuitates habentur loco priuatorum. l. eum qui 16. ff. de V. S. Vnde quaeritur, an & is teneatur crimine peculatus, qui aliarum ciuitatum pecunias expilat vel ſurripit. Quod negat l. ob pecuniam 81. ff. de furt. quæ dicit eum quidem furti actione teneri, non autem crimine peculatus. Cui tamen è diametro repugnat l. 4. §. ſin. ff. Ad l. Iul. pecul. vbi dicitur, eum qui de re ciuitatis aliquid ſurripit, peculatus crimen committere. Reſpon. ex ſententia Duareni, quòd qui ciuitati vel municipio pecuniam ſurripit, ipſa quidem lege Iulia peculatus non tenetur: ſed poſtea conſtitutionibus Imperatorum Traiani & Adriani cautum eſt, eum quoque peculatus crimen committere; qui Imperatores legem Iuliam peculatus ad hunc caſum extenderunt. Ita tradit Duare. lib. 2. diſp. cap. 26. Confirmat Alcia. lib. 1. diſp. c. 3. vbi tamen in antiquo exemplari in d. l. ob pecuniam. ita legi notat, Ob pecuniam ciuitati ſubreptam, furti, nec non crimine peculatus tenetur. Quod improbat Anto. Auguſt. lib. 1. emend. c. 3. Approbant hanc ſententiam Fornerius lib. 2. ſelection. c. 22. Aliter Reuarius lib. 2. de ambiguit. cur. c. 19. has leges conciliat, qui diſtinguit, quòd aliud ſit ſubtrahere pecuniam ciuitatis, aliquid de re ciuitatis aliquid ſurripere. Curator Reipub. qui ex pecunia ciuitatis aliquid ſubtrahit, adminiſtrationis fraudulentæ, non criminis alicuius arguitur. Qui rem quæ in uſu Populi eſt, & iure dominij ab eo poſſidetur, clam aufert ex æratio publico, non furti actione, ſed peculatus crimine tenetur. l. pen. & ult. ff. de admin. rer. ad civ. pert. Quòd ſi ignorans id fecit, calculi error retractabitur. d. l. pen. ult. Denique Duareni ſententiam ſequuntur. Plt. Faſer lib. 1. ſeſt. c. 22. Menot. de arbit. iud. lib. 2. cent. 6. caſu 587. nu. 17. vbi concordet adducit Iacob. Rebuſ. Capal. & alios.

ASSE-

ASSERTIO LXXXVII.

*Regna & ditiones suas arbitrato suo Principes
—minuere non possunt.*

REGIA & præclara quæstio est, an Principibus seu Regibus concessum sit ditiones & regna sine Populi & subditorum consensu alienare. Et verissima ac juri maximè consentanea est sententia, quòd hoc Regibus jure non sit permissum.

Cui disputationi ansam & occasionem primùm dedit abalienatio ista provinciarum Italiæ, quam falsissimo titulo donationem Constantini agni vocant. Non enim Imp. Constantinus Magnus, sed Pipinus Rex franciæ primò exarchatum Ravennæ, cum omnibus viribus vsque ad agna Venetorum, Stephano I. Pontifici dono dedit. Deinde Carolus Magnus filius pini eam donationem confirmavit, & Histriam, ducatum Foroiulensem, Spo-anum & Beneventanum, ac alias terras patrimonio Petri adiecit. Ita tradit claus in illustribus viris Angliæ. Deinde ex alienationibus bonorum & ciuitatum Imperij à Carolo IV. Imp. institutis, acriter cœpit hæc quæstio in tranque partem agitari. Cùm enim Imp. Carolus IV. Venceslaum filium designandum Cæsarem curaret, promisit Electorum cuique centum aureorum millia pro consensu & confirmatione: quæ cùm soluere non posset, obligauit illis telonia & vectigalia imperij, item oppida, proprietates, jura regalia Imperij titulo pignoris obstrinxit. Qua de causa ignauus Cæsar, decoctor bonorum imperij passim in historijs prædicatur.

Probatur hæc conclusio per l. Imperatores. ff. de pact. l. i. ff. de off. proc. Cæs. ubi procuratori Cæsaris, non alienandæ, sed benè gerendæ rei potestas permissa esse traditur. Vnde liquidò apparet, Cæsari eas ditiones, provincias, omnia, aliaque bona, quæ publici juris sunt, alienandi facultatem non esse concessam.

Secundò accedit ista consideratio, quòd Principes fortassis subditos, in ditionem Principis, qui sua potentia in tyrannidem abutatur, abalienare conentur: quòd certè naturæ ac honestati contrarium, & à boni principis officio alienum est, & tanquam tyrannicum non debet admitti. Aliud enim est tyrannum, aliud Regi m esse: rex omnia refert ad salutem & incolumitatem subditorum: tyrannus verò ad suum proprium commodum & voluptatem omnia detorquet.

Tertiò Rex tanquam tutor Populi sui constitutus, regulam tutoribus præferi-

præscriptam sequi debet, quòd dum de iure pro domino habeatur, cum subditis prouidet, non cum eorum bona alienat & perdit. *l. tutor 27. ff. de adm. tuto. l. interdum 56 § penul. ff. de furi.*

Quartò confirmat hanc propositionem, quòd iure Feudorum, non licet domino feudum alicui concessum, sine ipsius vasalli voluntate in alium quocunque titulo alienare, imò nec alium de eodem feudo inuestire potest dominus, sine vasalli consensu. §. 1. *Quo temp. mil. inuest. §. 1. de feud. dat. in vic. leg. com. §. 3. de l. Corra. in vñ feud.* Nam eandem fidem dominus vasallo exhibere debet, quam vasallus domino præstat. Si ergo dominus feudi non potest feuda, & per consequens vasallos ratione feudi sibi subiectos alienare, similiter nec dominus vel Princeps potest principatus provincias, territoria, ciuitates, item subditos & incolas, in aliorum Principum imperium & potestatem transferre. Non enim subditi sunt in potestate Principis, sed multò magis eius fidei & clientelæ sunt permitti. Accurate & pulchrè *Hotom. in ill. st. quest. qu. 1.*

Denique pro confirmatione huius decisionis facit, quòd præses provincie non potest se abdicare imperio, & hoc resignare, nisi in manus eius à quo potestatem accepit. *l. legatus 20. ff. de off. pref.* Quam legem rectè Butrigarius inducit argumenti loco, quòd donatio, qua *Constantinus Magnus Imp.* ut fertur, *Syluestro Papa* urbem Romam dedit, iure non fuerit valida. Debeisset enim Imperator, si eum imperij pœnituisse, aut partis alicuius administrandæ, Pop. Romano, à quo acceperat, id restituere, non verò alteri tradere, aut possessionem eius desertam relinquere. Hæc etiam decisio comprobatur Jure Canonico, per expressum tex. in c. intellectu 33. ex. de iureiu. ubi rescribit summus Pontifex *Honorius III.* quod iura regni, ducatus, Comitatus, etiam interposito iuramento non possunt alienari.

Obiicitur huic assertioni, quòd qui pleno iure dominus est, potest alienare, perdere, ac dissipare res suas. *l. sed etsi 25. §. consuluit. ff. de pet. hered. l. in re manda. a. C. Manla.* Ergo & licet Regi ditiones & regna sua alienare. Responden. In alienationibus regnorum non tam agrorum & oppidorum, quàm ciuium & liberorum hominum ratio habenda est, quos contra voluntatem eorum alienari, & in potestatem fortè alicuius tyranni transferri, durum & iniquum censetur. Deinde non debet deteriore esse conditio subditorum, quàm olim fuit libertorum. Arqui non licet jure ciuili heredi, seruum cui libertas per fideicommissum relicta est, alii manumittendum tradere, ut eius fiat libertus, ne fortè duriorum aut iniquiorum consequatur patronum. *l. iustus 4. ff. de iud. lib.* Ergo neque domino permissum est, facta alienatione regnorum, provinciarum, vel ciuitatum, subditos in potestate & dominatione alicuius deterioris Principis vel tyranni transferre.

Secundò

Secundò opponitur *l. Leius xi. ff. de iur. vbi priuati hominis prædia* iussu Imperatoris alienata proponuntur. Resp. Hæc *l.* non loquitur de agris, quò proprietatis iure in ciuilem Romanorum patrimonio sunt, sed prædus, quæ bello quaesita erant, & non proprietatis, sed possessionis iure fruenda concedebantur: de quibus agitur in *l. quæstio 115. de verb. sign.* eodem pertinet. *l. item prædia 10. ff. de acq. vbi vctigalia prædia non dicuntur esse nostri patrimonii. item si verberatum 15. ff. de rei vend.* Aliàs priuatorum agris, nihil ne publico quidem consilio, cum iliorum iniuria capi potuit. *l. venditor 13. ff. de acq. præd.*

Tertiò obstat locus *1. Reg. cap. 9. & 2. Chronicor. c. 8.* vbi Salomon Rex donauit Regi Hiram aliquot ciuitates in tractu. Resp. Salomon Rex non dominii alienandi causa oppida illa viginti Regi Hiram tradidit, sed ex consilio Populi oppida ei vtenda fruenda dedit, vt ex eorum vectigalibus & fructibus Hiram suum debitum seruaret, neque illa emtionis iure vt proprietarius possideret, sed tantum antichreseos iure iis vteretur frueretur, nec mutuatam pecuniam datam ex fructibus oppidorum & agrorum perperet. Ita eleganter respondet Hotom, in *illust. quæst. quæst. 1.*

ASSERTIO LXXXVIII.

Actus legitimi non recipiunt diem vel conditionem.

ACTVS legitimi non dicuntur hoc loco omnes actus iure ciuili introducti & approbati, sed legis actiones, quæ solennitate quadam iuris, certisque verborum formulis peraguntur & concipiuntur. *l. ac. lib. Obs. 15. c. 16.* Huiusmodi actus legitimi diem & conditionem non recipiunt, hoc est, non capiunt dilationem ex die vel conditione, sed temporis momento perficiuntur, & præsentem executionem secum trahunt. *l. actus legitimi 77. ff. de R. I. c. actus. ex eo. tit.* Rationem huius regulæ reddit *l. 1. lib. 3. Parer. cap. 4.* quod videlicet hi actus legitimi à præsentem executionem nomen habent, & legis fictione vel interpretatione sunt introducti, & ideoque nec suspendi debent per conditionis vel dici cumentum, cum ea ex a lege statuta sunt, præsentem executionem secum trahant, & dies vel conditio nomini ipsius actus, executionique repugnent. *l. non peruenit ad 35. ff. de Iudic.*

Obiicitur primò, quod emtio, stipulatio, heredis institutio donatio, & quæ actus legitimi diem & conditionem recipiunt. §. *emtis, in ff. de verb. obl. §. h. res.*

obi. §. heret. *Inst. de hered. inst. l. 1. & passim. C. de dona. que sub mo.* Respondendum Prædicta regula procedit in ijs actibus legitimis, qui in d. l. actus recensentur: ij enim omnino vitiantur per diem vel conditionis adiectionem. Nam particula Q V I, in d. l. actus posita, restrictiue non declaratiue accipi debet, vt scilicet restringatur ad actus seu exempla, quæ in ista lege recensentur. Relatiuum enim Q V I, suum antecedens restringit. *l. vlt. ff. de diuort.*

Illud tamen diligenter notandum, quod alij actus legitimi his similes, & qui eadem ratione & solennitate constant, vt puta manumissio, adoptio, & diuortium, diem & conditionem quoque non admittant. *l. quesitum. 3. ff. de adop.* Neque enim filium vel vxorem temporalem quis habere potest.

Secundò obijcitur *l. primo gradu. 23. ff. Quæ in frau. cred.* vbi heredes ejus qui soluendo non erat, ea conditione adierunt hereditatem, vt partem duntaxat æris alieni creditoribus persoluerent. Ergo aditio hereditatis peti potest sub conditione. Respondendum. Ibi conditio significat pactionem ante aditionem hereditatis cum defuncti creditoribus initam, vt scilicet creditores, cum hereditas non sufficeret ad totum æs alienum exoluendum, certa parte debiti contenti essent, veluti inter heredem & fideicommissarium simile pactum memoratur in *l. apud Julianum. in princ. ff. Ad SC. Trebel.* post illam verò pactionem purè adita fuit hereditas. Sic aditio hereditatis isto casu non censetur facta sub conditione.

Denique aduersatur §. *ad tempus. test. Qui testa. tuto.* vbi traditur, tutorem sub conditione, vel ad certum tempus testamento dari posse. Resp. Tutor quidem hoc modo à patre testamento dari potest, sed non à magistratu. *l. tuto. §. 1. ff. de tuct.* Ea enim tantum datio tutoris est actus legitimus, quæ fit solenniter à magistratu, inquisitione facta, introductis optimis viris, ex quibus vnus maximè idoneus tutor eligitur, non quæ fit in testamento à patre pupilli. Accedit & altera ratio, quia defectus in testamentario tutore suppleri potest per magistratum; quod secus est in datio tutoris. Si enim tutoris dationi magistratus adiceret diem vel conditionem, interim ante diem vel conditionis euentum non esset prospectum pupillo de tutore. Quare datio tutoris facta à magistratu sub die vel conditione, vitiosa est, quia actio magistratus imperfecta esse non debet.

ASSER.

ASSERTIO LXXXIX.

Inuito beneficium non confertur.

Ita assertio traditur pro regula in l. inuito 69. de R.I. l. hoc iure 19. §. 2. ff. de donat. Verum obijcitur huic assertioni l. soluendo 49. ff. de neg. gest. l. solutione 23. ff. de solut. ubi dicitur, quod qui pro inuito & ignorante debitore solvit, liberat eum. Idem traditur in l. soluere 53. ff. de solut. Id tamen quando quis pro inuito debitore solvit, nulla actione nec mandati, nec negotiorum gestorum id ab eo repetere potest. l. si pro te 5. ff. Manda. l. ult. C. de neg. gest. Resp. Regula juris accipienda est de beneficiis, quae contra juris communis rationem alicui tribuuntur, quae privilegia proprie appellantur. Haec inuito non conceduntur, quia quilibet potest favori & privilegio pro se introducto renunciare. l. penul. C. de pact. pactum 46. ff. de pact. l. si quis in conscribendo 41. C. de epis. & cler. Sic mulier potest renunciare beneficio S^{ci} Velleiani. l. ult. §. penul. ff. ad S^c. Vell. C. minor xxv. annis potest omittere restitutionem in integrum, si laxus sit, l. si iudex 41. ff. de minor. Verum ut quis pro alio soluat, & eum etiam inuitum liberet, jure communi permittitur, quia naturalis & civilis ratio suadet alienam conditionem meliorem etiam ignorantis & inuiti facere posse: cum beneficio hominem affici hominis intersit. l. seruus 7. ff. de seru. ex port. Sic etiam quod seruus inuito & vetante domino impulatur, domino acquiritur, quia per hoc factum serui conditio domini fit melior. l. seruus vetante 62. ff. de verb. obl. Denique & illud jure positum est, quod pro reo iniuste condemnato, etiam eo inuito quilibet potest appellare, quia nemo audiendus est se ipsum perdere volens. l. non tantum 6. ff. de appel. & hominis interest hominem beneficio affici: quod & comprobatur per l. addictos 29. C. de appel. ubi tuitur quod pro damnato ad ultimum supplicium quilibet potest appellare.

R R

ASSER-

ASSERTIO XC.

*Priuilegia realia transeunt ad heredes, non
personalia.*

HÆc assertio pro regula juris traditur in *l. in omnibus causis* 68. & *l. priuilegia* 196. de R.I. Duo autem sunt genera priuilegiorum. Vnum est personale, vbi personæ conditio locum facit beneficio, hoc est, quando persona proxima est causa beneficij; & hoc cum persona extinguitur, & ad heredes non transit. *d. l. 69* Tale est beneficium, quod competit marito in repetitione dotis, ne ab vxore, soluto matrimonio, in plus quàm facere possit, conueniatur: hoc priuilegium extraneis heredibus non datur, sed solis filiis. *l. maritum. & l. etiam ff. Sol. mat.* Tale est etiam priuilegium prælationis, quod datur mulieri, quo præfertur cæteris creditoribus in bonis mariti in exactione dotis, vnde nec ad heredes mulieris, filio excepto, transmittitur. *l. vnic. C. de priu. doe. l. vlt. §. exceptis. C. Qui pog. In pig. No. 91.*

Aliud est priuilegium reale, quod non personæ, sed rei, causæ aut actioni tribuitur; & hoc ad quoslibet successores transit. Tale est priuilegium actionis funerariæ, vt scilicet, is qui in defuncti funus aliquid impendit, omnibus creditoribus præferatur; heredibus ergo hoc priuilegium quoque tribuitur. *l. penul. ff. de relig. & sump. fun.*

Obijcitur, quòd beneficium restitutionis in integrum, quod datur minoribus x xv. annis, competit etiam eorum heredibus *l. 3. §. 9. l. 18. §. vlt. ff. de minor.* Atqui hoc beneficium censetur esse personale, quia in fauorẽ minorum est introductum. Ergo non est verum, quòd beneficia personalia non transeunt ad heredes. Resp. Hoc beneficium restitutionis in integrum est mixtum, partim personæ, partim causæ: conceditur enim non tantum propter personam minoris, sed præcipua & immediata causa restitutionis est læsio, ideoque non restituitur minor, nisi causa cognita probet se læsum vel circumuentum. *l. ait Prætor 7. §. non solum. l. non omnia 44. ff. de mino. l. nam posteaquam 9. §. si minor. ff. de iurciu.* Itaque hoc beneficium restitutionis in integrum minoris heredibus competit. Sic quoque beneficium SCⁱ Velleiani datur non solum mulieri, sed etiam heredibus eius. *l. heredes. C. Ad S C. Vell.* quia rei & causæ cohæret, & Senatus totam obligationem improbat, & à prætore restituitur prior creditor debitori. *l. exceptiones 2. ff. de excep. l. si mulier. 16. §. 2. ff. Ad S C. Vell.*

Secundò aduersatur *l. si tibi 17. §. pactum. ff. de pact.* vbi dicitur, quòd pacta personalia

personalia facta venditori, porrigant se ad singularem successorem, putantorem. Resp. Pacta personalia venditoris non prosunt emtori aut singulari successori, nisi durante vita venditoris, alioqui sicut priuilegia personalia extinguuntur cum persona. arg. l. & heredi 21. in princ. ff. de pact. C. en. in d. §. pactum.

ASSERTIO XCI.

Quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari.

HÆc assertio adeò vera & indubitata est, vt inter regulas Iuris Canonici referatur in c. quod omnes, de R.I. in 6. & varijs exemplis etiam ex iure ciuili comprobatur. Sic enim decisum est, quòd si plures habeant fundum communem, & volunt in eo seruitutem constituere, oportet vt omnium consensus interueniat, vniúsque dissensus impedit seruitutem. l. per fundum ff. de seru. rust. prad. Similiter si plures habent seruitutem quæductus ex eodem flumine vel fonte, & dominus velit alijs concedere quæductum ex eodem flumine, omnes quibus aquæductus debetur, consentire coguntur, quia illorum ius diminuitur, alioqui concessio seruitutis est inutilis. l. in concedendo. ff. de aqu. plu. arc.

Obijcitur primò, quòd si fiscus habet rem cum aliquo communem, intro socio potest eam rem alienare, etiam si in tali re minimam habeat partem. l. multum. C. de com. rer. alien. l. 1. C. de vend. rer. fisc. lib. 10. Resp. Hoc speciali iure fisci est receptum, nempe quòd commodius & maiori pretio venditur totares, quàm pars ejus. l. Meuius. ff. Fam. ercis.

Secundò aduersatur l. quod maior. ff. ad Municip. & l. aliud 160. §. refertur. ff. R. I. vbi pro regula traditur, quod maior pars Collegij vel vniuersitatis statuit, perinde habetur, ac si omnes statuissent, etiam si omnes non consentiant. Resp. Aut aliquid est commune pluribus, vt vniuersis, vt sunt bona communia alicuius ciuitatis vel collegij, & in his quod maior pars statuit, sequendum est, quia difficile est omnes consentire. l. 1. in fi. ff. de acq. pos. hinc in decretis collegiorum constituendis, duo trientes collegiarum adesse debent, & quod illi statuerint, à maiori parte statutum censetur. l. nulli. Quod cuius vniuers. no. l. nominationum 46. C. de decur. lib. 10. Aut aliquid est commune pluribus, vt singulis; & tunc requiritur consensus singulorum, nec maioris partis factum reliquis nocet. d. l. per fundum.

Tertiò repugnat, quod dicitur in l. 7. §. vlt. ff. de pact. quòd si hæres alius debitoris obarati non vult adire eius hereditatem, nisi creditores remittant certā debiti partem, tunc statur iudicio maioris partis creditorum

Rrr 2

remit-

remittentis debitum, neque audiuntur reliqui dissentientes. Resp. Idem ibi major pars creditorum præjudicat minori, quia agitur de liberando debitore. Vnde favore liberationis conuentio illa reliquis nocet, licet alioqui in his, quæ communia sunt pluribus, vt singulis, factum maioris partis non sufficiat. *Costa. ad d.l. 7. §. ult.*

ASSERTIO XCII.

Utile per inutile non vitiatur.

EXtat hæc assertio descripta in l. 1. §. sed si mihi. ff. de V. O. & pro regula juris traditur in c. utile. de R. I. in 6. Ex qua multæ juris conclusiones sunt extructæ & definitæ. Hinc decisum est, quod donatio ultra quingentos aureos facta non valeat, quatenus excedit eam summam, quatenus vero non excedit, valet. *l. sancimus. C. de donat.* Sic etiam si quis sibi & alteri aureos stipulatus est, valet stipulatio quoad stipulantis personam in v. quoad alios vero quinque aureos non valet. §. quod si quis. Inst. de inut. stip. Denique propter hanc regulam statutum est, vt si usura supra legitimum modum in stipulationem sint deductæ, vt illicitis adiectis pro non adiectis habitis, legitimæ usuræ nihilominus petantur. *l. pecunia. & l. placuit. ff. de usur.*

Sed huic assertioni refragatur, quod in aliquibus juris articulis utile per inutile vitiatur. Sic enim si in duos compromittatur, quorum alter potest esse arbiter, alter non, totum compromissum corrumpit. Veluti si compromittatur in duos, quorum vnus est seruus, qui non potest esse arbiter, compromissum in totum corrumpit, & sic utile per inutile vitiatur. *l. Padius. ff. de arbit.* Resp. Quando ex contrahentium & disponentium præsumpta voluntate colligitur, eos non voluisse diuidere actum, tunc utile per inutile vitiatur. Quod hoc casu accidit, quia ea fuit intentio compromittentium, vt duo dicerent sententiam, non pauciores.

Secundò aduersatur, quod dicitur in l. 1. §. item quæritur. ff. de aqu. quot. & est. quod si jus habeo ducendi aquam per alienum fundum, si solitam aquam ducam, non possum prohiberi, sed si veritam & sordidam aquam misceam, propterea prohibeor & bonam aquam ducere. Resp. Regula hæc locum non habet in indiuiduis, & inseparabilibus, quando utile ab inutiles separari non potest. Cum ergo aqueductus sicut & reliquæ seruitutes reales habeat causam indiuiduam, utile propter inutile vitiatur.

Sed huic solutioni refragatur *l. proprium. ff. Com. præd.* vbi traditur, si quis solum vel ades vendat, addito hoc pacto, vt sibi & vicino seruiat, adiectio vicini pro superuacua accipienda est, ita vt tota seruitus ad eum qui recepit, pertineat.

rtineat. Resp. Ibi utilis seruitutis acquisitio ab inutili separari potest. Ratione enim duarum personarum duæ quodammodò seruitutes constitutæ insentur, & idedò vna utilis seruitus per alteram seruitutem non vitiatur. g. l. cui fundus 56. ff. de cond. & dem. Dynus in d. c. vile. Vide de hac regulis iuris eleganter differentem Francisc. Sarmien. lib. 6. select. interpret. cap. 5.

ASSERTIO XCIII.

Accessorium sequitur naturam principalis.

CONFIRMATUR hæc assertio expressa Iuris regula, per l. cum principalis 178. de R. I. & c. accessorium. ex. eo. Cuius regulæ usus in multis iuris articulis elucescit, & tam in ultimis voluntatibus, quam contractibus procedit. Sic enim si prædium venditum est, venit aqueductus in prædio debitus, cum alijs accessoriis. l. si aqueductus: ff. de con. emp. Similiter in testamentis domo legata, hortus illi accessorius debetur. l. prædictis 91. §. vlt. de leg. 3.

Aduersatur primò huic decisione, quod traditur in l. quid tamen x. ff. Qu. v. usus. amit. quòd si usus fructus villæ alicui sit relictus, cui fundus accessionis loco cedat, quod villa diruta nihilominus debeat usus fructus habendi. Resp. Idedò ibi usus fructus fundi non extinguitur, quia licet fundus illæ sit accessio, tamen non erat legatus tanquam accessorius, sed æquè principaliter sicut ipsa villa. Hæc autem regula, quod accessorium sequitur naturam sui principalis, locum non habet, quando vtrunque legatur ut principale. Peck. add. c. accessorium.

Secundò grauer huic decisione repugnat, quod sancitum est. in l. etsi 9. de præd. mino. sine decr. non alien. ubi dicitur, quòd si curator vendidit prædium minoris absque decreto magistratus, ipsa quidem venditio seu principalis contractus non valet; sed tamen si curator pro euictione pignora fideiussores dedit, hæc accessoriæ obligationes firmiter adstringuntur. Resp. Ibi curator, non minor vendidit bona absque decreto, & de euictione promisit, eaque euictio hinc principale est, pro qua accessoriæ bona sua hypothecæ obligare potuit. Peck. d. loco.

Tertiò obiicitur, quòd stipulatione alteri facta, ipsa principalis obligatio non subsistit; sed si pœna adiiciatur, hæc pœnalis stipulatio accedens valet. l. stipulatio ista. §. alteri. ff. de V. O. Resp. Hæc regula non procedit, quando stipulatio militat in principali, quàm accessorio. quod hic accidit. Nam principalis stipulatio non valet, quia alteri nemo stipulari potest, cum stipulationes ad hoc sint inuentæ, ut vnus quisq; acquirat sibi, non alteri. Sed hæc

Rrr 3

ratio

ratio cessat in accessorio, nam qui pœnam stipulatur, sibi acquirit, non alteri.

Quartò & ultimò oppugnatur hæc assertio, quòd hypothecaria actio potest subsistere, sublata principali siue personali, *per l. j. & 2. C. de iur. pign.* ubi hæc facti species proponitur. Debitor sub pignore decessit duobus heredibus relictis: in eos duplex est actio, principalis vel personalis, & hypothecaria seu accessoria. Ex personali tenentur saltem hæredes pro partibus hereditarijs, hypothecaria in solidum, si vel vnus nummus restat, tota res est in pignoris causa. Igitur si vnus ex heredibus soluerit debitum pro parte, sublata est actio personalis, tenetur tamen hypothecaria in solidum. Itaque in cuius persona sublata est principalis & personalis actio, non sublata est hypothecaria. Resp. Regula hæc subinde fallit, quod indicat verbum Plerumque *in d. l. cum principalis*, positum: potest enim fieri, vt rescisso principali, consistat nihilominus accessorium: nimirum si sit specialis ratio aut singularis prouisio in ipso accessorio, quod in hoc casu procedit, ubi durat hypothecaria sublata personali, quia scilicet indiuisa est pignoris causa & obligatio. *l. rem hereditariam 65. ff. de euct.* Ita eleganter explicat has leges *Cuiacius lib. Obs. 5. c. 32.* Aliam solutionem vel interpretationem *ad d. l. 2. C. de iur. pign.* adfert *Anto. Fab. acutissimus IC. lib. 7. coniect. iur. c. 18.*

ASSERTIO XCIV.

Qui tacet, consentire videtur.

QUÆSTIO est controuersa, an tacens habeatur pro consentiente. Nam regula iuris ciuilis *in l. qui tacet 142. ff. de R. l.* implicat quandam contradictionem, dum primo dicitur, tacentem non fateri, & mox subiicitur, sed tamen verum est, eum non negare. Præterea duæ contrariæ regulæ iuris Canonici sunt de hoc articulo traditæ. Prima habet, Qui tacet, consentire videtur. Altera, Qui tacet, non fatetur, sed nec vtique consentire censetur. Tacere igitur medium est inter fateri & negare, siue inter expressum consensum, & expressam contradictionem. Porro quando tacens confiteri vel negare videatur, tali distinctione solet explicari. Si factum sit tale, quod possit à tacente contradicendo impediri, tacens consentire videtur. *l. sepe. vers. scientibus. ff. de re. iud.* Exempli gratia, Si fideiussor à tutore nominatus patiatur nomen suum in actis scribi, neque contradicas, habetur pro consentiente, quia potuit contradicendo fideiussionem euitare. *l. 4. §. ult. ff. de fideius. tuto.* Sic etiam qui se præsentem patitur

rem

in suam pignori obligari, & non contradicit, consentire videtur. *l. fidei-
for 26. §. pater ff. de pigno.* Si autem talis sit actus, qui potuerit etiam tacen-
inuito expediri, taciturnitas pro consensu non habetur, sed potius pro
contradictione. *tex. notab. in l. Caius 39. ff. de pig. act.* Vbi ille qui tanquam
stis subscribit instrumento, in quo alius se emisse rem subscribentis di-
hac subscriptio ei non nocet, quia res aliena etiam inuito domino
ndi potest. *l. rem alienam ff. de contr. emp.* Hanc distinctionem tradit Dynus
l. c. qui tacet.

Obijcitur primò, quòd præsens in interrogatione, & tacens, ex stipu-
lione non obligatur, neque consentire videtur. *l. i. in princ. ff. de V.O.*
Resp. Hoc fit idè quia lex in stipulatione pro forma requirit verba & ex-
pressum consensum, vnde taciturnitas nihil operatur, *l. omnes. §. in hac. C.*
epif. & cler.

Secundò aduersatur *l. pen. ff. de furt.* vbi dicitur, si quis præsens sit, & ta-
cet, quando res sua furto aufertur, tantum abest, vt consensisse videatur,
etiam habeat furti actionem, ac si res eo inuito esset contrectata. Resp.
Hoc odio furum specialiter est receptum, qui quòd tacuit dominus, obij-
ce, & sic propriam turpitudinem allegare non debuerunt. *Peck. ad c. qui
tacet. de R.I. in 6.*

Tertiò & vltimò obijcitur, quod varijs in locis iuris decisum extat,
quòd inuitus censeatur, qui expressè non consentit. Sic in constitutione
procuratoris, pro inuito habetur, qui scit se dari procuratorem, & tacet,
et expressè non contradicat. *l. 8. §. inuitus. ff. de procur.* Item in seruitute
imponenda ille censeatur inuitus, non solum qui contradicit, sed etiam
qui tacet, & expressè non consentit. *l. inuitum. ff. de seru. vrb. prad.* Ergo ta-
curnitas non semper inducit consensum. Resp. Quando agitur de per-
sona alicuius obliganda, in dubio tacens non videtur consentire, puta vt
quis assumat procuratoris officium. Vel quando hoc agitur, vt res sua al-
ter seruiat, tacens non præsimitur consentire. *Gl. in d. c. qui tacet.* Quod
tamen fallit, si agatur de favore pupilli vel Reipub. Si enim patre præsens
et tacente filius creatur decurio, pater obstringitur pro gestis filij, tan-
quam fideiussor. *l. 2. ff. Ad Municip.* Sic etiam favore pupilli obligatur fide-
iussor, qui patitur nomen suum actis inscribi. *d. l. 4. §. vlt.* Notanda deni-
que est in hac questione, an tacens habeatur pro consentiente, hæc com-
munis & recepta DD. distinctio. Aut actus tendit ad utilitatem tacentis,
tunc tacens censeatur consentire. *l. 2. §. voluntatem. ff. Solu. matr.* Aut actus
tendit in damnum tacentis, & tunc non habetur pro consentiente. *l. inui-
tus. ff. de seru. vrb. prad.* nisi favore Reipub. *l. 1. C. de decur. lib. 10. & ibi Bart.* Hanc
distinctionem approbat *Cestal. in suis aduersarijs ad l. si filius sa. 16. ff. ad SC. Maced.*

ASSER-

ASSERTIO XCV.

Infamibus portæ dignitatum non patent.

TANTA est famæ dignitas & auctoritas, ut infames à Reipub. muneribus arceantur, cosque tantum gubernationi adhiberi expediat, qui illam & integram famam conseruant, scilicet ut notatis & famolis, quos scelus aut turpitudine vitæ inquinat, & quos infamia ab honestorum cœtu segregat, dignitatis portæ non pateant. *l. 2. C. de dignitat. lib. 12. c. infamibus. de R. l. in 6.*

Aduersatur primò quod Vlpianus respondit in *l. generaliter. §. pen. & ult. ff. de decur.* ubi spurijs, & eos qui Iudaicam superstitionem sequuntur, ad dignitatem admittit. Resp. Tum demum hi admittuntur, si aliorum ingenuorum & benè natorum ciuium sit defectus, sicut & aliquando domestici & serui, & aliàs inhabiles admittuntur in testes, quando aliarum probationum non est copia. *l. consensu. C. de repud.* Præterea spurij infamia iuris & facti non rectè dicuntur notati, quæ oritur ex improbis moribus, sed tantum propter culpam parentum aliquid illis maculæ inhaeret, quod eos ab alijs discriminat. *Palaot. in tract. de spurijs c. 55. & seq.*

Secundò obijcitur, quòd idem Vlpianus respondit, parui referre, integræ famæ quis arbiter sit, an ignominiosus. in *l. Pedius. ff. de arbit.* Resp. Arbitri nullam habent dignitatem, cum nudam tantum & simplicem habeant causarum cognitionem, nullam verò iurisdictionem exerceant.

Tertio repugnat, quòd dicitur in *§. ult. Inst. de excep.* infames posse esse procuratores. Resp. Quòd munus procuratoris non sit dignitas, sed potius onus vilissimum, à quo non arcentur infames. *l. si quis procuracionem 34. C. de decur. lib. 10.* Hodie, quia usu & moribus officium procuratoris, præsertim in maioribus curijs Principum non est vile, sed honorabile eximium & decorum, infames à procuratorio munere in curiis benè ordinatis arcentur. *Gaul. lib. 1. Obs. c. 43.*

Quartò obijcitur, quòd Reus criminis delatus, post annum quàm delatus est, honores petere non prohibetur. *l. Reus. ff. de mun. & honor.* Resp. Ideò post annum potest petere dignitates, quia si intra annum non est finita accusatio, præsumitur delatus esse innocens, & præsumtio oritur contra accusatorem, quòd calumniosè processit ad accusandum.

ASSER-

ASSERTIO XCVI.

In testamentis plenius voluntates testantium interpretamur.

HÆc decisio pro regula statuitur à Paulo in l. 12. ff. de R. I. Concordat c. cum dilecti. ex. de dona. vbi dicitur: In contractibus plena, in testamentis plenior, in beneficijs plenissima interpretatio est adhibenda. Vnde & Vlpianus ait in l. vel negare. ff. Test. quem. aper. quòd publicè expedit: suprema hominum iudicia exitum habere. Exemplum elegans est in l. num. 12. ff. de usu. & habit. vbi dicitur, quod cui pecoris, id est ovium usus legatus, neque lana, neque lacte neque agnis utetur, hæc enim sunt in usu: modico tamen lacte, quantum sibi necesse est, utetur, quia non lacte, sed liberius & plenius voluntates defunctorum sunt interpretandæ.

Contra videtur statui apud Vlpianum in l. nummis. 75. de leg. 3. Nummis inuit indistinctè legatis, hoc receptum est, ut exiguiore legati videantur. Idem probatur in l. cum servus 39. §. scio. de leg. 1. Vbi dicitur, si quis duos fundos habens, eiusdem nominis, vnum legaverit, nec appareat, de quo sit testator, minoris pretij fundum deberi. Ergo vltima voluntas non videtur plenè, sed strictè interpretanda esse. Resp. Quòd legata prædictis ab his accipiuntur de exiguiore moneta, vel fundo, minoris pretij, hoc ex mente testatoris, qui non creditur voluisse heredem bifariam gratiam: primùm videlicet, ut legatum solueret, deinde ut maioris pretij rem daret. Legati enim præstatio plerumq; catenus interpretanda est, ut quàm minimum oneret heredem. l. vnum ex familia. §. si rem tuam. de leg. 2. Alioquin legato generaliter relicto laxior sit interpretatio de re mediij valoris danda. l. legato generaliter 37. de leg. 1. Verissimum itaque est prædictam regulam etiam ad legata in testamento scripta pertinere.

ASSERTIO XCVII.

Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest.

Hoc generale axioma tradit Pomponius in l. xi. ff. de R. I. Idem deciditur in l. cum mandati xii. C. Manda. Cum enim quilibet sit rei suæ moderator & arbiter. l. in re mandata. C. Manda. ille effectus, illaque vis

S i f domini;

dominii est, ut quod quisque suum tenet, id sine facto & voluntate e-
aufertur non possit. Multa videntur repugnare huic assertioni. Primò, Ex
communis dicitur mea, *l. si quis servos 74. de leg. 3. l. illud 46. ff. de rit. nup.* Verum
pars rei communis sine facto & voluntate mea, ab altero socio trans-
ferri potest ad alium. *l. falso tibi. C. de com. rer. alien.* Resp. Quod uterque con-
sentium rem vocat suam, quæ pro indiviso communis est, hoc fit popula-
ter, improprie & abusive.

Secundò obstat, quòd creditor vendendo pignus transfert dominium
sine facto debitoris. *l. 1. & 2. C. Debitor vendit. pign. imped. non posse.* Resp. Et
hac in parte interuenit factum debitoris, quòd meretur rerum suarum
translationem, & alienationem, quia non soluit quod debet. *arg. l. qui non
facit. ff. de R. I.*

Tertiò obijcitur, quòd res pupilli, quæ seruando seruari non possunt,
alienari possunt à tutore sine decreto magistratus, & facto pupilli. *l.
que 22. C. de adm. tuto.* Resp. Tutores auctoritate legis loco domini habe-
tur, ideoque censetur factum domini in hoc casu interuenisse. *l. interdum
§. qui tutelam. ff. de furt.*

Quartò refragatur, quòd cum ad executionem sententiæ faciendam
apparitores magistratus bona debitoris condemnati vendunt, transfert
dominium, & tamen hinc nullum domini factum vel consensus interu-
nit. *l. si pignora 50. ff. de enit.* Auctoritas magistratus, cui præcipiendi i-
fuit, ut bona venderentur, loco & vice consensus domini est. *l. si ob causa
iudicati. C. de enit.*

Quintò opponitur. Vfuscapio transfert dominium in præscribente
sine facto & consensu veri domini. Resp. Et in usucapione factum domi-
ni negligentis rem suam à possessore vindicare, interuenit. Nam & qui
permittit rem suam usucapi, intelligitur alienare. *l. alienationis 28. ff.
verb. sign.*

Ultimò aduersatur, quòd Imperator vel Princeps potest ex plenitudine
potestatis alicui privato res suas sine voluntate sua auferre, ex iusta causa.
l. item si verberatum 15. §. 1. ff. de rei vend. l. Lucius 11. ff. de enit. ubi dicitur, possi-
agrum alicuius privati à Principe militibus assignari, modico honoris gra-
tia a possessori dato. Resp. Hoc non fit sine facto nostro, quoties Reipub.
defendendæ gratia militibus aliquid assignatur. Omnes enim cuiuslibet
loci possesores & subditi sunt obstricti ad usus & necessitates Reipub.
atque publica utilitas flagitat, ut militibus in præmium bene nauatæ pro
Repub. operæ singuli privati aliquid conferant, quia eorum opera, vite
& bona subditorum ab hostili impetu defenduntur.

ASSER-

ASSERTIO XCVIII.

*Fauorabiliores rei, potius quàm actores
habentur.*

HANC decisionem pro regula proponit *Caius in l. fauorabiliores 125. ff. de R.I.* Illud autem principio notandum, fauorem hîc non significare procliuem, vagum & lubricum hominis affectum, quo nullo crimine habito honesti vel turpis, iusti vel iniusti, alicui ex fauore vel gratia quid indulgetur. Sed intelligenda est utilitas quædam iustitiæ conueniens; vt fauor nihil aliud censerî possit, quàm ipsum ius. Siquidem ipsum ius nihil aliud est, quàm dispensatio utilitatis secundum iustitiæ & honestatis regulas, ad transigendam hanc vitam ciuilitè secundum DEI voluntatem. *l. 1. in princ. & §. 1. ff. de iust. & in.* Quæ utilitas & fauorem in se complectitur, nam fauere est commodum seu utilitatem alicuius tueri. Itaque idè rei conuenti actoribus plerumque sunt fauorabiliores, quia ipsi iuris habere præsumuntur, quàm actores, & per consequens æqualiter administrandæ iustitiæ actori sicut Reo seruanda est. Quæ regula procedit tam in ciuilibus quàm criminalibus causis, per rationem traditam in *l. absentem. ff. de pæn. & l. qui accusare. C. de eden.*

Id è contrario videtur, quòd actores fauorabiliores sint quàm Rei. Si enim Reus fideiussorem dederit iudicio sistendi causa, nec conueniens sit de die, quo sisti debeat, erit in potestate actoris diem constituere, non se sistere reus debeat. *l. de die 8. ff. Qui satis cog.* Item actoris est interpretatio, si utatur intentione vel oratione ambigua: accipiendum est enim illud quod ei utilius videtur. *l. inter stipulantem. §. 3. §. Si Stichum, ff. de V.O. l. si intentione 66. ff. de iudic.* Resp. In constituendo seu ordinando iudicium plus fauetur actoribus quàm Reis, vt ad prosecutionem iuris sui viam teneant latè patentem. Quo spectant, quæ de die satisfactionis & interpretatione libelli dicta sunt. Verùm in exitu iudicij seu decidenda lite, tres sunt rationes, propter quas rei censeantur fauorabiliores actoribus, scilicet in dubio, hoc est, cum neutrius litigatoris ius est iudici cognitum, vel legitimis probationibus, vel coniecturis perspectum. Rationes sunt hæc, primo quod actor voluntarius, paratus & instructus in iudicium prodit, Reus è contra coactus, & invitus in iudicium pertrahitur, ideoque æquum est Reum potius quàm actorem subleuari. *l. qui in alio 42. in fi. de R.I. l. pure 5. §. vlt. ff. de excep. doli.*

S ff 2

Secundò

Secundò leges ob benignitatem naturæ consentaneam, proniores sunt ad liberandum quàm ad obligandum. *l. Arrianus. ff. de obl. & act.* Satius est enim (vt *Traianus Imp.* rescripsit) impunitum relinqui facinus nocentis, quàm innocentem condemnari. *l. absentem. ff. de pœn.* Hinc decisum est, quod actore non probante, reus etsi nihil præstiterit, nihil probauerit, nihil pro se allegauerit, sit absolvendus, *l. qui accusare. C. de edin.* Hinc & constitutum est, quòd in criminalibus causis, nisi meridiana luce clariores probationes adferantur, Reus sit liberandus. *l. ult. C. de proba.* Hinc etiam inter pares iudicum sententias, si fortè dissonæ proferantur, ea præualere debet, quæ pro Reo facit. *l. inter pares 38. ff. de re iud.* Deinde in probationibus dubijs, & testimonijs hinc inde paribus, fauorabiliores sunt rei quàm actores. Vnde in causa dubia, quando pares sunt probationes, Reo potius, quàm actori defertur iuramentum. *l. admonendi. ff. de iureiu.* Hæc regula non procedit in causis fauorabilibus, puta si agatur de libertate, pro dote, & matrimonio, item pro testamento. Tunc enim in dubio plus fauetur actori, quàm reo. *l. in ambiguis 85. de R. I. l. inter pares 38. ff. de re iud. l. si pars 10. ff. de inoff. test.*

A S S E R T I O X C I X.

Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur.

REGVLAM hanc proponit *Ulpianus in l. semper 9. ff. de R. I.* Concordat *e. in obscuris. ex. de R. I. in 6. l. qui concubinam 29. §. 1. de leg. 3. l. si ita sit adscriptum 14. in fi. de leg. 1.* dum dicit, exiguius legatum esse præstandum. *l. si uia relictum 45. in princ. de leg. 2.* ubi dicitur, Minor pars est accipienda, quæ uenit in legato.

Sed refragatur, quòd non extremum, quale est maximum, vel minimum, sed medium potius eligendum censetur. Sic *Paulus in l. antiqui. ff. de par. hered. pet.* inquit, prudentissimi juris auctores medietatem quandam secuti sunt. Idem affirmatur in *§. vi. Inst. Quib. ex cau. manu. non lic. & §. c. in ex. aliena. Inst. de rer. diuis.* Resp. Quando manifesta ratio humanitatis, vt nemo ledatur, requirit alterum extremum, hoc est, maximum vel minimum, tunc utrunque caret vitio, & accedit ad virtutem, quæ nimia esse non potest. Quo casu accipienda est hæc regula. Caterùm ubi obscuritas in utraque partem, vel maximam vel minimam, ledere potest contra æquitatem, ibi retinendum est medium.

Secundò aduersatur, quòd in dote promissa sine certa quantitate, non sequamur minimum, sed dotis quantitas pro modo facultatum promittentis,

entis, & dignitate mariti statuenda est. *l. quaro 60. l. cum post 69. §. gener à so-*
29. ff. de iur. dot. Resp. Non valet hoc casu argumentum à legato vel stipu-
 latione speciei, vel quantitatis incertæ ad dotem. Quia in dote sunt non-
 nulla, ex quibus licet mutuari interpretationem quantitatis in dote con-
 feruenda. Dos enim promissa, licet in genere & indefinitè promissa sit, pro-
 modo facultatum patris, siue promittentis, & dignitate mariti constitui
 debet. *d. l. cum post. §. gener. l. 3. C. de dot. prom.* In legato autem vel stipulatio-
 ne, ubi non est expressa certa quantitas, cessat omnis conjectura. *l. Triticum*
in fi. ff. de verb. obl. Planè illud obseruandum, quod si illud quod debe-
 tur, in re minima non habeat vtilitatem, tunc res mediocris est præstanda.
 Si homine legato, neque optimus, neque pessimus seruus debetur, sed
 mediocris præstandus. Neque enim vilissimum seruum habere expedit.
legato 37. de leg. 10. l. si quis argentum. §. similiq; modo. C. de donat.

ASSERTIO C.

*Quod initio vitiosum est, non potest tractu
 temporis conualescere.*

AVLVS IC. hanc regulam adstruit in *l. quod initio 29. ff. de R. I.* Con-
 cordat *l. penul. ff. de iur. vbi Licinius Rufinus* pro regula statuit, quòd quæ ab
 initio iuutilis fuit institutio, ex post facto conualescere non potest.
 Exempla sunt de marimòre domui iniuncto. *l. cetera 41. §. tractari. de leg. 1. de*
reus extra commercium positus. l. inter stipulantem. §. sacram. ff. de V. O. Ratio
 regulæ est, quia sicut tempus non est modus inducendæ vel tollendæ obli-
 gationis. *l. obligationum. §. placet ff. de obl. & act. l. si certis annis. C. de pact.* ita nec
 confirmandæ, *l. si minor ff. de seru. export. c. non firmatur. de R. I. in 6.*

Opponitur, quòd donationes inutiles, & alij contractus magistratibus
 vel administratoribus iustitiæ prohibiti, conualescunt. *l. vlt. C. de contrac.*
2. Resp. Tales contractus iudicum, non solùm tempus, sed auctoritas
 Principis, vel subsequens & repetitus priuatorum consensus defendit, &
 ratihabitionem confirmatur. *arg. l. 1. & 2. C. Si ma. fac. rat. hab.* Sic et si bo-
 minoris sine decreto iudicis alienata sint, licet non valeat alienatio, si
 tamen postea maior 25. annis silentio eam confirmet per quinquennium,
 vel expressa comprobatione alienationem ratam habeat, valebit aliena-
 tio. *l. vlt. C. Si ma. fac. alie. sine decr. rat. hab.* Regula ergo prædicta accipienda est,
 quòd solo tractu temporis actus ab initio nullus vires non sumat, nisi
 aliqua causa superueniat, quæ actum confirmet.

Sff 3

Secundò

Secundò opponitur *l. 1. §. fedes si filius fam. de leg. 2. vbi dicitur, si filius fam. reliquerit fideicommissum, initio non valer, sed tamen eodem in eadem voluntate perseverante & sui juris postea mortuo, fideicommissum debetur. Resp. Regula, vt jam dictum est, accipienda est, quando inutilitatis causa perdurat. Tunc enim non potest institutio inutiliter facta conualescere. Ceterum si inutilitas vel impedimentum cessat, & institutio redit ad justam causam, tunc conualescit ex mutatione causæ.*

ASSERTIO CL.

Feudum antiquum, propter delictum in extraneum perpetratum, amissum, deuoluitur ad collaterales agnatos propiores in gradu.

EX graui crimine, quod vasallus contra extraneum committit, vt est patricidium, proditoria cædes, feudum amittitur; quia sequente illum abominabili infamia, non potest in curia domini stare, aut seruitia præstare. *c. 1. An ille qui interfecit frat. dom. lib. 2. feud.* Feudo autem hoc modo amisso, priuatur vasallus eo, & filij, alijque ex eo descendentes, quia in ijs hereditarij criminis exempla metuuntur; reditque vetus feudum ad agnatos, nouum ad dominum. *§. pen. Que sue. pri. cau. lib. 2. feud.*

Sed ardua & insignis est quæstio, ad quos agnatos, & intra quem gradum propter delictum in extraneum admissum feudum perueniat? In hac quæstione extant duæ diuersæ opiniones. Prima est dura & absurda, rationi & æquitati non conueniens, quòd scilicet hoc casu feudum solum ad agnatos, qui quarto gradu sunt, & non intermedios perueniat: frater igitur & fratris filius ipsius delinquentis excluduntur, quamuis nihil admiserint. Ad hoc allegant textum in *c. si vasallus culpam. Si de feu. def. conten. sit. lib. 2. Feud.* Per hunc tex. probari videtur hæc opinio, quam sequuntur ibidem *Iaco. de Belufo. Mart. Lauden. & Bahlus.* Approbat quoque *Zazius in epitome feudo. par. 10. nu. 104. & Curtius in tract. feudo. par. 4. num. 11.* addens cogitandum esse: negari enim non posse, prædicta iura hanc sententiam vigentissime probare, nec se videre, quomodo istis possit realiter responderi. Allegatur etiam pro hac parte *tex. in c. 1. vers. similiter. Qu. mo. feud. amit.* denique *tex. in c. 1. Si vasal. feud. priue.* qui videntur hanc sententiam probare.

Sed contrariam opinionem, quòd huiusmodi casu feudum delinquentis, ad proximiorum agnatum, etiam intra quartum gradum, & sic ac fratrem delinquentis pertineat, quando videlicet paternum fuerit, probant textus rotundi & manifesti.

Primò

Primò tex. in c. pen. *Quæ sunt pri. cau.*

Secundo est tex. in c. vnic. *An ille qui interfe. frat. dom.* Qui textus non denominato in quarto gradu, sed de proximiori juxta graduum computationem manifestè disponunt. Hanc opinionem sequuntur Gl. Alvarot. Martin. & Afflic. in allegato c. si vassallus culpam. Idem sentit Andr. de Isernia feudistarum autor. Approbant ex recentioribus Baro & Cuiacius.

Tertiò hæc opinio pro se habet naturalem æquitatem; quæ est, quòd pena non sit extendenda ad eos, qui nihil deliquerunt: nemo enim alieno odio prægrauari debet.

Adhærendo igitur huic postremæ opinioni, non obstant ea, quæ supra prima opinione allegata sunt.

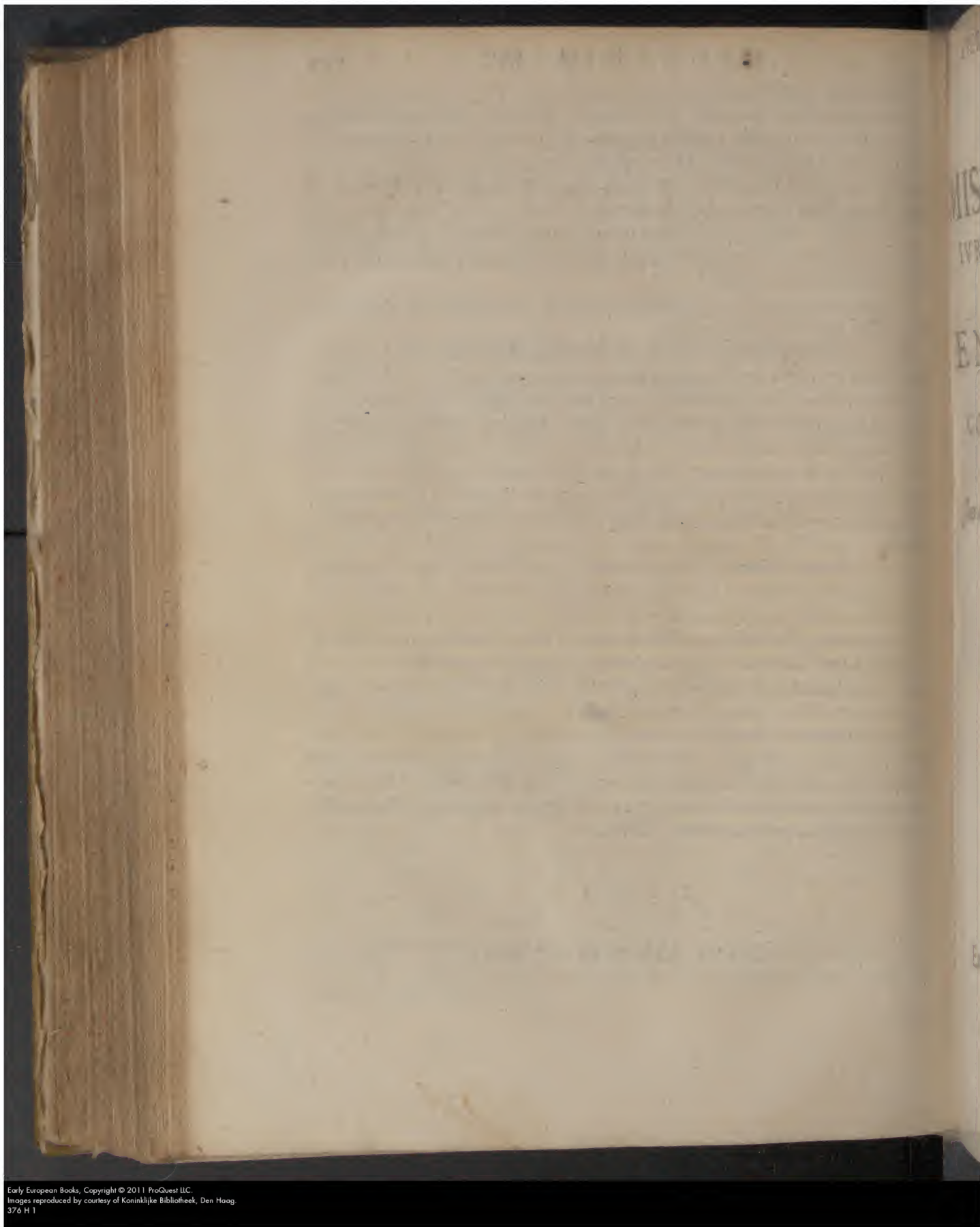
Et primò ad tex. c. si vassallus culpam, Alvarot. respondet, istum textum procedere circa tempora vetustiora, quibus agnati in quarto gradu excludebantur à successione feudi proximioris agnati tit. de success. feud. lib. 1. feud. Dubitatur ergo in casu istius c. quo delinquens habebat agnatos quarti gradus, & non intermedios, seu proximiores, an feudum ad eos pertinere debeat: Jure enim antiquo excludebantur. Hoc dubium remouet textus, & amittit agnatos etiam quarti gradus: quia tunc non erant proximiores, sed per hoc agnatos intermedios seu proximiores textus nequaquam excludit.

Secundò non obstat tex. c. 1. vers. similiter. *Qu. mo. feud. amit. quia* Gl. Bald. Præterea & Affl. ibi verba textus *fratrem suum* interpretantur de fratre domini proprio occiso: tunc enim ad domini feudum reuertitur, ut est tex. in c. *An ille qui interfe. frat. dom.* & c. Aliàs si vassallus proprium fratrem occiderit, feudum ad proximorem agnatum, non ad dominum pertinebit. ut Gl. istic amonet. Præterea Andr. de Isernia ibi textum hunc intelligit de feudo nouo, quod etiam huiusmodi casu domino aperitur ob delictum vassalli.

Tertiò non obstat tex. in c. 1. *Si vassal. feu. priu.* nam ibi etiam de iure antiquo statuitur, quòd agnati admittantur vsque ad quartum gradum: imòodie vsque in infinitum, si à primo acquirente descendant; sed intermedii proximiores si adfuerint, minimè excluduntur. Et lic hæc posterior sententia de iure æquior & verior videtur.

F I N I S.

SOLI DEO GLORIA.



EVERHARDI BRONCHORSTII
DAVENTRIENSIS IC.

Centuriæ II.

MISCELLANEARVM

IVRIS CONTROVERSIARVM,

SIVE

ENANTIOΦΑΝΩΝ,

ET

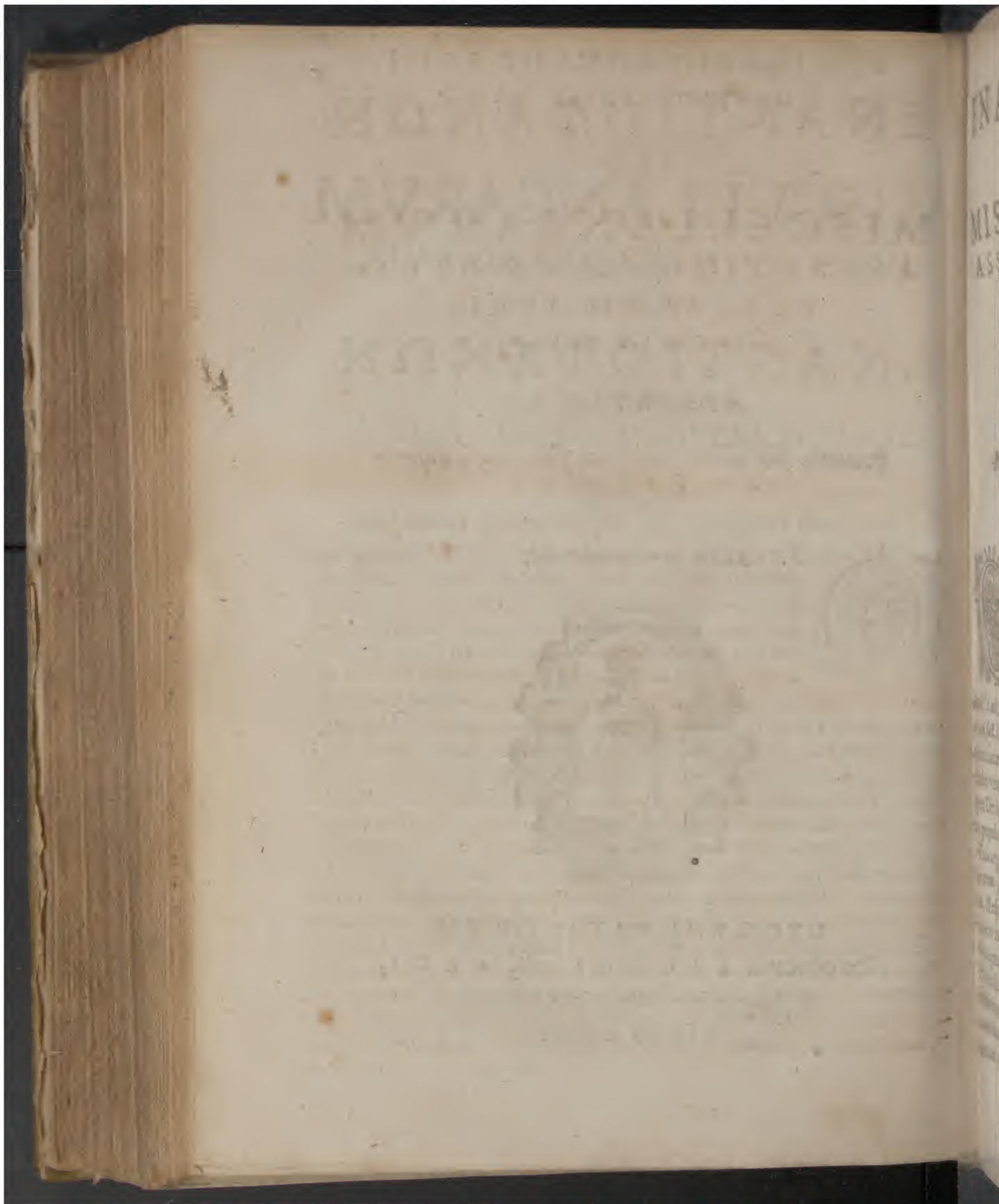
CONCILIATIONES EORVNDEN.

AB AVTHORE

*Jam denuò recognita, & amplius quam tertia parte
aucta & locupletata.*



LVGDVNI BATAVORVM,
Ex officinâ IACOBI MARCI,
Typographi Collegij Ill. Ordinum
c1515 cxxi.



ENANTIOΦΑΝΩΝ³

SEV

MISCELLANEARVM

ASSERTIONVM CONTRO-

VERSARVM IVRIS

CENTVRIÆ PRIMÆ.

ASSERTIO I.

*Princeps jus alicui quæsitum sine causa auferre
non potest.*



VERITVR an princeps ex certâ scientiâ & plenitudine potestatis possit jus alicui quæsitum vel bona & facultates alicuius subditi auferre. Et verior est sententia, Principi id non licere, idque ex vulgata juris regula *l. id quod nostrum ff. de R. I.* Eadem sententia confirmatur *per l. 2. 3. & 7. C. de prec. Imp. off. l. ult. C. si contra jus vel util. pub. l. 10. C. de SS. eccl. l. ult. C. de loca. prad. civil. lib. 11. c. 1. de natur. feud. l. quod semel. ff. de decret. ord. fact. l. 5 §. si. in fi. ff. de iniur.* Præterea hæc sententia confirmatur testimonio sacræ Scripturæ. Sic enim Naboth iustè fecisse dicitur, quod Regi chabo vineam suam emere volenti concedere noluerit. Nam Rex contra gem Dei hoc postulabat, qua cavebatur, ut agri & possessiones in Israëllico populo, iusta distributione divisæ manerent in cuiusque familia. *1. Reg. 21.* Tria argumenta contra hanc decisionem adferuntur. Primum est *ex l. 2. de crim. sacrileg.* ubi dicitur sacrilegii instar esse, disputare de principali iudicio. Resp. Illa lex ita accipienda est, quod disputare de principis voluntate iudicio non oportet, si forte elegit aliquem ad aliquod munus, qui videtur se indignus, attamen de potestate principis disputare non est prohibitum. præterea illa lex non decidit, quæ sit potestas Principis in privatorum seu abditorum bonis & facultatibus transferendis, sed tantum de honoribus & muneribus publicis distribuendis tractat, & de magistratibus eligendis agit: uorum cura & potestas ad solum Principem spectat. *l. 1. ff. ad L. lul. amb.*

A 2

Secundum

4 MISCELLAN. CONTROVERSIARVM

Secundum argumentum depromitur ex *l. 1. ff. de Const. princ.* ubi dicitur quod principi placuit legis habet vigorem; itaque principis voluntas pro ratione est, & legis habet vigorem. Resp. Eatenus principis voluntas est sequenda, quatenus legibus, naturæ, & rectæ rationi non repugnat. Atque contrarium est juri gentium, (quo dominia rerum sunt distincta,) dominium alicui legitimè testamento vel contractu quæsitum, sine iustâ causâ auferre *l. ex hoc iure ff. de iust. & jur.*

Tertium argumentum tale est. Princeps dicitur dominus totius mundi, & lex maris, id est totum orbem terrarum legibus suis regit & gubernat, *l. de pretorio. ff. ad l. Rhod. de jact. l. bene à Zenone C. de quad. prescri.* Ego res privatis & subditis sine causâ auferre potest. Resp. Imperator est mundi dominus quantum ad jurisdictionem & protectionem, non quantum ad dominium rerum privatarum/Pulchre *Seneca*, Omnia princeps possidet imperio, at singuli dominio. Confirmat hanc sententiam pluribus argumentis, legibus & rationibus *Fachin. lib. 8. Controvers. c. 63* Porro superior decisio cum tali restrictione est temperanda, quod Princeps possit ex causâ publicæ utilitatis vel necessitatis, privatis jus suum auferre. Sic potest Princeps domum subditi, civitatis mœnibus nimis vicinam, unde vel incendium vel hostiles insidiæ metuntur, jubere demoliri, item suburbia destruere, ne hostis eâ se recipiat, denique fundum urbi propinquum pro dilatandis fossis aut pomœriis civitatis, aut extruendis propugnaculis occupare per *l. si quando. l. adificia. C. de oper. publ.* Quo tamen casu Princeps auferens rem privati, tenetur ad solutionem justipretii. *l. venditor. §. si constat. ff. Com. præd. l. 2. C. In qu. cau. servi pro præm. libert. accip.* Vide *Gail. lib. 2. Obl. c. 55.*

Quartò & ultimò opponitur. *l. 2. §. si quis à Principe ff. Ne qu. in lo. pub.* ubi dicitur, Principem posse concedere, ut quis cum privati alicuius incommodo in publico ædificet. Respondeo. Hoc intelligendum est, cum Princeps id facit ob iustas causas. Nam sine iusta causâ non debet, nec solet Princeps aliquid concedere, ex quo alter lædatur. Vide latius de hoc quæstione. *Mench. de arbit. iud. cent. 1. quæst. 48.*

ASSERTIO II.

*Princeps ex contractibus cum suis subditis
initis obligatur.*

PRINCEPS pacta & contractus cum subditis initos servare tenetur, ex hisque efficaciter obligatur. tex. sunt in *l. Cesar. ff. de publica. & c. 1. extra de probat.* Hanc sententiam defendunt *Bart. ad l. digna vox C. de legi. & Vvesemb. in parat.*

parat. ff. de const. princ. Porro tenetur princeps ex contractibus cum subditis initis non solum naturaliter, sed etiam civiliter & efficaciter: ne alioquin commercio exuatur, nullis cum eo contrahere volentibus, utpote mentibus, ne fidem semel datam violet. Constant namque contractus Arithmetica proportionem, quæ in commutatione commerciorum æqualitatem sanè exigit, neque considerat an aliquis rex vel subditus sit, dives vel pauper, sed vult omnes contractus ultro citroque obligare æqualiter, & ideo contractus non debent claudicare. *l. Labeo. 19. ff. de V. S. l. cum emptor. ff. de rescind. vend.* Quinimò princeps quo major & potentior est subditis, eò plenius & efficacius ad fidem in conventionibus servandam adstringitur. Nihil enim est, quod lumine clariore præfulgeat, quam recta fides in principe. *l. inter claras. de sum. trin. & fide cathol.* Eandem sententiam confirmat *l. pen. C. de dona. int. l. & vx.* ubi dicitur, quod contractus qui celebrantur cum Principe vel Imperatore, habent vim Legis. Hinc *Bald. l. in c. 1. de natu. seu.* Celestinum quintum Pontificem incitæ arguit, qui mane beneficia dabat, & vesperi revocabat, & dicit eum fuisse vnum pecus. Præterea omnes contractus qui à Principe ineuntur, habent naturam bonæ fidei *Bald. ad c. 1. §. si quis. nu. de ac. Constan.* Inde refert Sueton. in vita Augusti, cum Pop. Romanus proissimam liberalitatem congiarij reposceret, Augustum respondisse, se bonæ dei esse.

Sed vehementer obstat *l. princeps, ff. de legib.* ubi statuitur, quod princeps solutus est legibus. Ergo neque pactis aut conventionibus cum suis subditis initis stare tenetur. Resp. Non omnibus legibus solutus est princeps, sed tantum legibus civilibus vel potius solennibus, quæ videlicet respiciunt solennia iudiciorum, contractuum, vel testamentorum *l. omnium 19. C. de testa l. adoptio. 38. ff. de adopt. l. qui in provincia 57. ff. de ritu.* Verum legibus naturæ & juris gentium princeps non est exemptus. *l. 2. §. 1. ff. de rebus eo. qui ibi tar. l. digna vox. C. de legib.* Ergo & pacta servare tenetur, quia pacta & contractus sunt jure gentium introducta *§. penult. Inst. lib. 1. tit. 2. l. ex hoc iure. ff. de iust. & iur.* Licet itaque Princeps solutus sit legibus, non tamen licetamine rationis naturalis, & lege naturæ, quia & Princeps est animal politicum, & rationis particeps *Bald. ad l. 2. C. de seru. & aqu.* Nec quicquam magis convenit æquitati naturali, quam ea quæ inter contrahentes placuerint, servare: *l. 1. ff. de pact.* quia alioquin graue est, fidem fallere. *l. 1. ff. de const. pecu.*

Secundò aduersatur decisioni *l. penult. C. de donat. inter vir. & vx.* ubi expressè sancitur contractus vel donationes principis vicem legis obtinere. Unde colligi videbatur principem ex suis contractibus non obligari, quia cui potestas est condendæ legis, ejus est & abrogandæ. *arg. l. quod iussit. 14. ff. de re jud.*

MISCELLAN. CONTROVERSIARVM

jud. Resp. quod ibi dicitur, contractus principis vim legis obtinere, hoc ita intelligendum est, quod sicut contractus principis, ita & testamentum pro justo & legitimo habeatur, etiam si princeps in iis non observaverit omnes solennitates à legibus requisitas. Hinc licet donationes inter virum & uxorem jure civili non valeant, tamen valent inter principem & Augustam. Similiter & donatio à principe facta, licet excedat summam 500. aureorum, tamen valet absque insinuatione. / Ita erudite & eleganter tradit *Cujas. lib. obs. 26. c. 35.* Vide latius & plenius de hac quaestione differentem *Sichar. ad l. ex imperfecto 3. C. de testam. Petr. Gregor. lib. 7. de Repub. c. ult. num. 27. & 28.*

ASSERTIO III

Rescripto Principis potest alicui concedi dilatio temporalis, peremptoria vero exceptio concedi aut remitti non potest.

PRINCEPS potest rescripto suo alicui concedere exceptionem seu dilationem temporalem, at verò exceptionem peremptoriam, quæ ius alterius partis omninò tollit & infringit, concedere nequit. *tex. est in l. 2. C. de precib. Imp. off.* Exemplum prioris partis est, si quando princeps concedat alicui debitori egeno inducias quinquennales, ne interea à creditoribus conveniatur, & ut spacium aliquod habeat ad pecunias comparandas, quod princeps licitè facere potest. *tex. sunt in l. universa. C. de precib. imp. off. l. ult. C. qui bo. ced. poss.* Ratio decidendi prioris partis est, quia hæc dilationes conceduntur sine gravi dispendio adversæ partis, in morâ enim modici temporis non solet magnum esse damnum. *l. si debitori 20. ff. de judic.* & quod differtur, non aufertur. Ratio decisionis posterioris partis est, quia princeps non potest ius vel dominium alicui privato quæsitum auferre, nili ex iusta causa, & propter utilitatem publicam, quo tamen casu deber illi iustum & solitum precium offerre. *l. item verberatum 15. §. 1. ff. de rei vend. l. venditor 13. §. 1. ff. Com. prad. Castren. ad d. l. 2.* Adhæc princeps non potest in gravem alterius injuriam beneficia alicui concedere *l. cum avus, & ibi Gloss. C. de emanc. libe.*

Sed vehementer obstat huic decisioni *l. si à te. C. de pact. int. empt. & vend.* ubi pactum erat interpositum inter venditorem & emptorem, ut si venditor intra certum tempus offerat precium emptori, quod tunc res esset inempta: in hoc

CENTVRIA I.

hoc casu deciditur dilationem huic pacto adjectam non posse remitti rescri-
 pto principis. Ergo dilatoria exceptio rescripto principis concedi aut remitti
 non potest. Resp. In specie istius legis, venditor qui postulat sibi post diem con-
 tractum licere pretium offerre emptori, hoc agit, ut sibi venditionem semel
 contractam rescindere liceat, quo casu non dilatoriam, sed peremptoriam ex-
 ceptionem sibi remitti postulat, quia offerendo precium post tempus in pa-
 venditioni adjecto expressum, vult à tota venditione recedere. Ita re-
 spondet Cujat. *lib. obs. 2. c. 10. Anto. Fab. in error. pragmat. decade 25. erro. 3.*
 secundò adversatur *l. militem C. de procur.* ubi statuitur, quod exceptio
 dilatoria, qua miles repellitur à munere procuratoris, non potest tolli re-
 scripto Principis. Resp. Ideo hac procuratoria exceptio rescripto Principis
 remitti non potest, quia repugnat utilitati publicæ, ut miles sit procurator,
 non quia hoc modo ab armorum occupatione milites avocantur, deinde
 milites constituti procuratores, propter armorum atrocitatem, & minarum
 terrores essent infesti & iniqui adversariis *l. milites 13. & l. ult. C. locat.*

ASSERTIO IV.

Iustè & Licitè Christianis servos habere conceditur.

QUOD Christianis licitum sit habere & possidere servos, euidenter pro-
 batur ex primâ origine & institutione servitutis. Originem autem suam
 servitus ex bellis accepit. Nam cum olim Imperatori exercitus
 hostes in iusto & legitimo bello captos jure belli occidere, summa
 humanitate introductum est, ut quos occidere licebat, eos captivos tenere, &
 vel ministerio suo subicere possent, ut operis eorum vterentur. *§. 1.*
tit. de ju. perso. l. pupillus 239. §. servorum ff. de V. S. Hinc servi à ser-
 vato dicti sunt, quia imperatores captivos vendere, ac per hoc servare, nec
 occidere solent. *l. 4. §. ult. ff. de stat. ho.* Quin & jure diuino licitum fuit
 homines in dominio & potestate suâ tenere & possidere. Nam *Exodi 21. vers. 2.*
 traditur, quod licuit homini seipsum & liberos vendere, atque in ser-
 vum detrudere, cum ad paupertatem esset reductus: quo loco adjicitur
vers. 7. Si quis emerit servum Hebræum sex annis serviet domino suo, septi-
 mum annum egredietur liber gratis/Idem confirmatur *Levit. 25. vers. 39.*
 Immittitur sui ipsius venditio propter inopiam. Sic Ægyptii vendunt se
 Pharaoni ob extremam famis necessitatem, totosque se illius potestati
 minio serviili, jure proprietatis subiciunt. *Genes. 47.* Huc accedunt
 pla veteris & novi testamenti, quæ ostendunt servos etiam licitè à do-
 minis

minis fuisse possessos, sicut de *Agar* ancilla *Genes. 13.* legitur, & de *Onesimo* servo in epistola Pauli ad *Philemonem* ostenditur.

—Objicitur primò huic decisione, quod servitus est contraria legi naturæ, ideoque tanquam repugnans juri naturali improbanda censetur. Quod probatur ex eo, quod omnes homines ab initio & jure naturali liberi sunt conditi. *l. manumissiones 4. ff. de just. & 11.* Secundò confirmatur hoc ex definitione servitutis tradita in *l. 4. ff. de stat. ho.* ubi servitus definitur, quod sit constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur.

—Secundò aduersatur locus *Deutero. 5.* ubi Deus præcepit Israëlitis, ut domini servos suos septimo anno, postquam sex annos seruiierint, manumittant, & libertati restituant. Ergo non voluit esse servos seu mancipia. Ad primum object. respondetur, quod servitus contraria sit humanæ naturæ, integræ quidem, sed non lapsæ & peccatis corruptæ: Nam propter intractabilitatem & malitiam hominum coercendam servitus est introducta, tanquam justæ pœna peccati, ut hoc freno & jugo servitutis improbi homines bello justo & legitimo devicti, & in potestatem hostium reducti coercerentur. Imò misericordia & humanitas magna fuit eos servare, & clementi servitio subicere, quos jure belli occidere licebat.

—Secundæ objectioni respondetur, quod cum apud Iudæos servi dominis suis per sexennium operas & servitia exhibuissent, Deus concecit illis hoc beneficium, ut tot annorum servitia tanquam mercedem seu compensationem datæ libertatis domino imputarent. Porro servi illi apud Iudæos non tanquam servi, sed potius ut mercenarii habebantur, & à dominis suis detinebantur, qui operas suas pro mercede dominis solent elocare. Neque licebat dominis servos durius tractare, & inhumaniter aut inclementer eis imperare fasce & dominatu superbo. *Leuitici 25. vers. 39.* / Vide latius dissentientem de hac propositione, quod Christianis servos justè retinere & possidere liceat. Martyrem in *loc. com. claus. 4. cap. 19. Vrsini. lib. 2.* exercitat theologiarum, quæstione 54. & 55. ubi omnino hanc sententiam defendunt & amplectuntur. Postremò notandum, quod (ut quidam opinantur) primum in originem servitus ab ebrietate accepit. Sic enim Ambrosius in libro de *Elia & jejuniis c. 5.* scriptum reliquit. Manebat antequam vinum inveniretur, omnibus inconcussa libertas, nemo sciebat à consorte naturæ suæ obsequia servitutis exigere. Non esset hodie servitus, si ebrietas non fuisset. Vide *Arist. lib. 1. Polit. c. 3. & 4.* & ibidem annotationes Giphani, ubi multis solidis argumentis & rationibus probat, quod inter Christianos licita & permixta sit servitus, ubi notet etiam ad reprimendas seditiones utilissimam esse servitutem, quarum seditionum causa plerumque solet esse as
alienum

ienum & inopia. Sic & traditur optimum fuisse consilium Moyſis, vt qui opia laborarent, vel ære alieno premerentur, ne res novas moliantur, creatoribus vel ſerviando ſatisfaciant ad tempus, vel in perpetuum, pro dæti magnitudine.

ASSERTIO V.

Riparum uſus publicus eſt, ſed proprietates illarum eorum eſt, quorum prædiis hærent.

IPARVM uſus publicus eſt jure gentium, ſicut fluminis: vt naves ad ſeas appellere, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere cuilibet liberum ſit. At proprietates earum eſt illorum, qui prope ripas prædia poſſident. *l. riparum. ff. de rerum diſi. §. riparum. Inſt. eo.* Hinc cuius in ripâ ædificare non licet, & qui in ripâ fluminis ædificat, id non facit ſuum, ſed ædificium domino ripæ cedit, cujus eſt ſolum. *l. qui au-*
m. 14. ff. de acq. rer. do.

Sed obijcitur huic deciſioni, quod proprietates riparum videtur potius diſtinda nullius eſſe, ſicut ipſius fluminis & littorum. Quod probatur hoc argumento. Cuius juris eſt totum, eius juris ſunt & ſingulæ eius partes. At ripa fluminis pars eſt. Itaque ſi flumen ita publicus eſt, ut nullus ſit in bonis, eodem jure & ripam haberi neceſſe eſt. Reſp. Ripa non eſt pars fluminis, ſed tantum diſtat à flumine, quantum continens à contento, ripa enim eſt id quod flumen continet. Atqui continens non eſt pars ejus, quod continetur, ſed continens & contentum ſunt inter ſe relata, quorum unum nunquam poteſt eſſe alterum.

Secundò opponitur *l. penult. §. 1. ff. de acq. rer. do. & l. 3. ff. de flumin. ubi* ripæ publicæ dicuntur. Reſp. Ripæ dicuntur publicæ, propter uſum, qui eſt publicus, ſed proprietates riparum eſt privatorum, qui prope ripas prædia poſſident. Hinc etiam arbores, quæ in ripa fluminis naſcuntur, privatis fluminis vicinis acquiruntur, quia naſcuntur ex corpore privato, dominium enim ſoli ripæ privatum eſt, & proprium vicinorum dominorum, qui prope ripas prædia poſſident. *l. ergo 30. §. 1. ff. de acqui. rer. do.* Idè autem proprietates riparum privata eſt, quia hoc naturalis æquitas exigit. Cum enim ripæ riparum cogantur eas munire, æquum etiam eſt pro impenſis & laboribus, vt proprietates riparum ad illos pertineat: quia qui ſentit onus, ſentire debet & commodum.

Tertiò adverſatur, quod ripæ ſunt ſimiles littoribus. Ergo ſicut littora ad proprietatem ſunt nullius in bonis *§. littorum, Inſtit. de R. D.* eodem

B

modo

modo ripæ jure gentium dicentur esse nullius, etiam quoad proprietatem. Resp. Non idem sunt ripæ in flumine, quod littora in mari: Nam littora quotidianis accessibus occupantur à mari, eique subjiciuntur, ut quæ subjacet mari terra vel arena, ideoque occupatum sequitur conditionem occupantis *l. penultim. ff. de R. D.* At ripæ non tenentur à flumine, sed continent flumen, ideoque cum ripæ non sint fluminis partes, neque teneantur à flumine, non censentur ejusdem conditionis esse, cujus est ipsum flumen. Ex his rectè concluditur proprietatem riparum illorum esse, qui propè ripas prædia possident. Ita eruditè docet Donel. *lib. 4. com. jur. cap. 3.*

ASSERTIO VI.

Pœna capitis in eos constituta est, qui muros ciuitatis transcenderint.

HÆc decisio apertè comprobatur in *l. ultim. ff. de rerum diuis. §. sancta Inst. eo. l. 3. §. in bello ff. de re milit.* Quibus in locis vnanimiter traditur, quod qui muros vrbis violauerint, siue murum ciuitatis vel vallum scalis admotis, vel alia ratione transcenderint, capite puniantur. Additurque ratio, quod apud Romanos alia via quam per portas urbem ingredi vel egredi, hostile & abominandum visum fuit.

Sed huic conclusioni videtur repugnare allegata *l. ultim. ff. de rer. diuis.* in qua hoc non de qualibet vrbe statuitur, sed tantum asseritur obtinere in vrbe Roma. Quod confirmatur exemplo, ibi subiecto, nam inquit, & Romuli frater Remus ob id occisus traditur, quod urbem Romam transcendere voluerit. teste etiam poëta Lucano, dum ita canit: Fraternali primi maduerunt sanguine muri. Ex quo colligit Bart. in *d. l. ult.* quod qui alterius ciuitatis muros transcenderit, non capitali pœna sit afficiendus, sed alia extraordinaria & mitiori pœna pro iudicis arbitrio. Quod & conuincitur per *l. 2. & 3. ff. ne qu. in loc. sacr.* ubi simpliciter prohibetur, ne quid in muris vel portis ciuitatis committatur, vnde damnum aut incommodum aliquod ciuitati irrogetur, nulla tamen certa pœna ibi exprimitur. At verò quoties leges aliquid sub pœna interdiciunt, nec tamen certam pœnam exprimunt, tunc ea pœna committitur iudicis arbitrio. *l. 1. §. expilatores ff. de effracto. & expil. l. hodie. ff. de pœn. l. 3. §. pœna. ff. stellion. Gloss. in l. 3. C. de SS. Eccles.*

Resp. pœna capitis constituta est in eos, qui muros vrbis Romæ violauerint, aut transcenderint. Quod subiectum Romuli & Remi exemplum in *d. l. ult. ff. de rer. diuis.* manifestè declarat. In alterius verò ciuitatis muros violato

olatoribus hæc communior & receptior est DD. sententia, quod extra
 dinem pœna arbitraria puniantur, puta relegatione vel carcere *d. l. 2. & 3.
 ne qu. in loc. sacr.* Ita notat Boër. *decis. 232. Menoch. de arbitrar. judic. quest.
 483. num. 6.* Si tamen delictum sit atrox & enorme, hoc est, si hostili
 imo aliqui muros transcenderint, pœna capitalis seu mortis infligi pote-
 st. *l. ult. ff. Ad l. Iul. majest.* Et hæc est communis DD. distinctio referente
eidem. ad §. sanctæ Inst. de rer. diuis.

Secundò in contrarium adfertur locus *ex 9. cap. Actor. vers. 25. & 2. ad
 rinth. c. xi. vers. penultim. & ult.* ubi discipuli Christi Paulum Apostolum
 miserunt noctu in sportâ per muros ciuitatis Damasci. Quod tamen licitè
 factum non esse forsitan quis objiciat, quia sancti sunt muri & portæ ciuita-
 tem, vnde eos transcendere non videtur Paulo fuisse licitum. Resp. Con-
 siderandus est finis, cur pœna interposita leges vetent muros ciuitatis tran-
 scendere. Quod idèò factum est, ne vrbes sint expositæ latrociniis, sed ut
 non sint ciues à proditiionibus & insultibus hostium. Atqui cessat illa ratio,
 quoties de liberando homine innocente agitur. Itaque non minus licuit fi-
 elibus Paulum in sportâ dimittere è mœnibus ciuitatis, quam licebit civi
 peditato muros transilire, ut subitum hostis incursum ab vrbe repellat. Quod
 Cicero rectè definit, dum inquit. Etiam si lex peregrinum arceat à muri
 ingressu, minimè tamen peccare eum, qui murum conscenderit seruandæ ci-
 uis causa. Nam leges semper ad aequitatem sunt flectendæ, & mens ac-
 tio, quæ est anima legis, imprimis est attendenda, quæ in hac lege ea po-
 situm & principaliter fuit, vt ab hostili incursum & violenta oppugnatione
 ciuitates tutæ atque inuiolatæ conseruarentur. Plura alia ad hanc assertio-
 nem pertinentia scribunt *Decian. in tract. crim. lib. 7. c. 36. Petr. Gregor. lib.
 syntagm. jur. cap. 7. num. 7.*

ASSERTIO VII.

*Verum Imperium est habere gladij potestatem, ad animad-
 uertendum in facinorosos homines.*

CONTROVERITVR ab interpretibus, an hæc sit vera definitio meri
 Imperij, quæ tradita extat *in l. 3. ff. de iurisd.* an verò exemplum tan-
 tum aliquod meri imperij ibi proponatur. Et verior est sententia, merum
 imperium *in d. l. 3.* definiri, non verò tantum exemplum aliquod proponi,
 ut ne ex eo apertè patet, quod *Iurisconsultus* vsus est verbis denotantibus
 definitionem meri imperij, non exemplum aliquod referentibus: Sic enim
 ait, Merum imperium est gladii potestas, &c.

B 2

Sed

Sed obijcitur quod multa alia sunt meri imperij, præter gladij potestatem, puta damnatio in metallum, de portatio, bonorum confiscatio, relegatio. *l. illius §. qui vnuerfas ff. de offic. præf.* quæ tamen verbis definitionis non continentur. Ideoque hæc definitio est angustior suo definito, cum alia meri imperij membra, seu partes ejus potestatis non comprehendat. Resp. Hæc definitio desumpta est à potiori & digniori parte meri imperij, quæ est gladij potestas, definitiones autem & denominationes à potiore rei parte desumi debent. Gladij verò appellatione comprehenditur qualibet alia grauior facinorum coërcitio, & quæcunque pœna, qua vita, libertas, vel civitas alicui eripitur, veluti damnatio in metallum, deportatio, & bonorum confiscatio, & quæcunque publici iudicii exercitio. *l. 1. ff. de offic. ejus cui mand. est iurisd. l. solent. ff. de offic. procons. l. nemo potest. ff. de R. I.* Sic rectè dicimus magistratum habere jus gladij, cui merum imperium competit. *l. 1. C. Theod. Ne sine principi. jus. cert. iud. confis. liceat.* vbi dicitur, præses in illos gladij sui jus & seueritatis exerceat, in quos statim stringi ferrum iura præcipiunt. Idem confirmat Capitolinus in Gordiano hoc testimonio. Gordiano proconsuli Africae filius à senatu legatus datus est cum gladij potestate. Per eminentiam ergo gladij potestas summa pars est meri imperij, & significat omnem aliam grauiorum criminum coërcitionem, veluti damnationem in metallum, deportationem, bonorum publicationem, aliasque atrociores animaduersiones. *l. si quid erit, 11. ff. de offic. procons. Pulchrè. Cajit. lib. 21. obs. c. 30.*

Secundò aduersatur *l. aut damnum. 8. §. 1. ff. de pœn.* vbi dicitur, cum aliquis damnatur, vt gladio in eum animaduertatur, gladio tantum in eum animaduerti oportet, non verò securi, fuste, aut laqueo. ergo gladij potestas non accipitur generaliter pro omni atrociori animaduersione, seu qualibet vitæ ademptione. Resp. Hoc fit ideo, quia iudex ibi sententia complexus est pœnam gladij, sententia autem certa esse debet. *§. curare. Inst. de actio.*

Tertiò aduersatur, quod multa alia sunt meri imperij, quæ tamen hac definitione seu gladij potestate non continentur, vti sunt leges condere, creare tabelliones, & spurios legitimare. Resp. Hæc non pertinent ad merum imperium, quod magistratibus maioribus concessum est, sed ad regalia & iura principis, quæ principi sunt reseruata, in signum supremæ potestatis seu præeminentiæ. Sic leges condere non est meri imperij, sed principalis auctoritatis lege Regia principi concessæ, in signum præeminentiæ. *l. 1. ff. de Constit. princip.* / cuius hodie solius est iura condere. *l. vltim. C. de leg.* Ita tradit Coras. *ad l. 3. ff. de iurisd. Fachin. lib. 9. controvers. c. 94.* Itaque potestas condendi Leges non pertinet ad merum imperium, sed potius ad regalia Principibus reseruata in signum supremæ potestatis pertinere dicitur. *l. vlt. C. de legib. l. 1. ff. de const. princ. c. 1. Quæ sint regal. in vsib. feud.* Se

ad e contra videtur quod potestas condendi leges sit meri imperij. per l. *alli. C. de sent. & interlo. omn. iud.* vbi dicitur, quod qui non potest statuere, non potest relegare. Ergo videtur, quod facultas condendi leges referenda ad merum imperium. Resp. Quod condere statuta possint & ij, qui non habent merum imperium. Nam & populi subditi alterius imperio possunt condere statuta, quae in loco statuentium servari debent, propter generalitatem verborum in l. *omnes populi. ff. de iust. & iur.* vbi dicitur, quod quisque populus sibi ius constituere potest. Vide plene de hac quaestione, an Legem concedere sit meri imperij, differentem *Fachin. lib. 13. contro. c. 22.*

ASSERTIO VIII.

Non omnibus magistratibus omnes partes meri imperij tributa sunt.

NON omnes partes meri imperij princeps dedit magistratibus, sed certas quasdam partes concessit, quasdam sibi reservavit. Probatur haec decisio in l. *aut damnum 8. §. 1. ff. de pæn.* ubi inquit Ulpianus, sed nimaduerti gladio, oportet non securi, fuste, aut telo, vel alio modo: proinde nec liberam mortis facultatem ius concedendi praesides habent. Diui tamen fratres rescipserunt, permittentes liberam mortis facultatem. Idem confirmat §. praefecto, eiusdem legis. Praefecto plane competere ius damnandi in metallum ex epistola Diui Severi exprimitur. Deinde id comprobatur l. *inter pænas 6. §. 1. ff. de interd. & releg. & l. 1. §. 2. de leg. 3.* vbi dicitur, jus deportandi in insulam non esse datum Praesidibus prouinciarum, latum esse praefecto vrbi. Idem traditur in l. *2. in princ. ff. de pæn.* Sic & in l. *unic. C. ne sine ius. princ. cert. jud. lic. confis.* asseritur, non omnibus iudicibus datum esse jus confiscandi. Denique haec sententia ex eo confirmatur, quod olim iure Romano, singulis criminibus certa poenae praefinitae erant, nec poterat iudex hanc poenam legitimam sententia sua augere vel minuere l. *4. C. de locato.* Vnde non poterat iudex efficere, quo minus damnatum furti vel iniuriarum, legitima poena sequeretur, vel infamia. l. *non poterit. 63. ff. de furt. l. D. Severus 40. ff. de injur.* Ideoque nec appellare licebat in criminalibus causis a sententiis magistratuum, nisi maiorem vel minorem legitimam poenam iudex irrogasset. l. *si qua poena 244. de V.S.*

Sed obstat quod merum imperium definiatur potestas gladij, & quilibet potestas atrocius animadvertendi vel poenas irrogandi in facinorosos homines, l. *si quid erit ff. de offic. procons. l. nemo potest ff. de R. I.* Cum ergo

præsides prouinciarum habeant merum imperium *l. ill. citat. §. qui vniversas ff. de offic. præs.* consequens est eos habere omnes partes meri imperii, & proinde jus deportandi: quod tamen negatur in *l. 6. de interd. & releg. l. 1. §. 2. ff. de leg. 3.* Resp. Satis est, quod præsides prouinciarum certas partes meri imperii habuerint, puta jus gladii, & damnandi in metallum, verum ius deportandi in insulam non habuerunt, quia hæc potestas legibus illis non est delata. Atqui merum imperium lege S. C. to, vel constitutionibus principum specialiter defertur. Ergo nihil amplius ex hoc summo & mero imperio præsilibus prouinciarum licuit decernere, quam legibus specialiter & nominatim illis datum est, *l. 1. §. 1. ff. de offic. ejus cui. mand.*

Secundò aduersatur regula juris, cui quod plus est, licet, non debet ei quod minus est non licere. *d. l. non debet 21. ff. de reg. jur.* Resp. Illa regula in mero imperio officium suum perdit, siquidem præsides prouinciarum, habet jus gladii. *d. l. illicitas. §. qui vniversas.* non tamen habet jus deportandi in insulam. Ita perspicue & eleganter tradunt *Cuius lib. obs. 15. c. 39. & lib. 21. c. 31. Vincent. Cabotius lib. 2. disp. jur. c. 5.* Vel potest & hoc modo responderi, quod idèò deportare non potuerunt in insulam præsides prouinciarum, quod hoc jus deportandi in insulam induceret latiore extensionem jurisdictionis, cum per deportationem effectum suæ sententiæ exequi volebant in insulis, in quibus nullum imperium vel potestatem exercebant.

ASSERTIO IX.

Merum imperium præscribi potest.

AR D V A & grauis est quæstio, an possit merum imperium præscriptione acquiri. De qua quæstione tradit Bartolus in *l. 3. ff. de jurisdictione.* se non cogitare posse quid dicendum sit. Sed verior est sententia merum imperium præscribi posse, quæ euidenter probatur per *l. viros C. de divers. offic. lib. 12.* vbi statuitur jurisdictionem in genere ex longi temporis consuetudine seu præscriptione acquiri. Jurisdictio autem in genere accepta comprehendit etiam sub se merum imperium. *l. 1. ff. de off. ejus cui &c.*

Secundò confirmat hanc sententiam *c. auditis. extra de præscrip.* vbi constituitur iura omnia quæ spectant ad Episcopum spacio 40. annorum ab Abbate præscribi posse. Tertiò adiuuat hanc opinionem *l. si cohortali. C. de cohortal. & princip. lib. 12.* vbi traditur apparitorem cohortalem si adspirauerit ad ullam dignitatem, in propriam conditionem retrahi debere, ita vt

ut si ullam dignitatem affectare ausus sit; nulla præscriptione nisi 30. annorum muniatur. Ergo cum is qui affectat merum imperium, adspiciat dignitatem, procul dubio illud 30. annorum spacio præscribere poterit. Denique hanc decisionem comprobant *l. omnes C. de præscript. 30. annorum*. ubi sancitur omne jus publicum vel privatum 40. annorum præscriptione acquiri.

Hinc sententiæ primò aduersatur *l. 3. in fin. ff. ad l. Iul. majest.* ubi tractat Martianus priuatos homines, si pro magistratu vel potestate se gesserint, lege Iulia maiestatis teneri. Vnde colligitur merum imperium præscribi non posse, ne ex delicto præscriptionis ius acquiritur. *contra l. meminerint. C. unde vi. l. siue hæreditaria 22. ff. de neg. gest.* Resp. Hoc argumentum procedit in personis priuatis, quæ cum ad exercendum merum imperium sint inhabiles, delictum committere dicuntur: secus autem si personæ sint habiles & idoneæ ad exercendum merum imperium, ut sunt duces, Conites, Marchiones, Barones &c.

Secundò in contrarium adfertur hoc argumentum. Quæ in alium non transferuntur, nullo vnquam tempore præscribuntur, ex regula. *c. dudum extra de decim. & l. 2. C. de vsucap. pro empt.* Sed merum imperium in alium transferri non potest *l. 1. §. qui mandatam. ff. de off. ejus cui &c.* Ergo præscriptione videtur non posse acquiri. Resp. Merum imperium potest transferri Principe, non vero ab iis, quibus specialiter à principe concessum est, nec enim mandata jurisdictione transfertur. Deinde nihil ad rem facit *d. l. 2.* quia hoc tantum ibi dicitur, quod ea quæ testator vendi prohibuit, si vendantur, non possint vsucapi. Nam quia vsucapio requirit titulum, nullus est titulus venditionis, si res à testatore prohibita est vendi.

Denique aduersatur *l. conperit. C. de præscript. 30. an.* ubi statuit Imp. quod ea quæ in signum supremæ potestatis vel principatus competunt, nullam cuiuscunque temporis præscriptionem admittere. Ergo idem statuendum est in merito imperio, quia hoc in signum vniuersalis dominii in principe residere videtur. Huic objectioni respondendum sub hac distinctione. Aut quis ita præscribere intendit merum imperium, ut principem tanquam merum dominum non recognoscat, & eius imperium diminuat, & hoc fieri nullo modo potest. Hinc notat Baldus in *c. non liceat. ex. de præscript.* Regem Franciæ, Angliæ & Hispaniæ non posse ita de jure libertatem usurpare, ut Imperatori obedire non teneantur, sed illum veluti totius mundi dominum recognoscere, debent. Aut verò quis vult exercitium & utilitatem meri imperii præscribere, & statuendum est eum illud sine vlla dubitatione posse, dummodo habilis & idonea sit persona. Quo casu sufficit tempus 10. annorum sciente principe, eo verò ignorante requiritur

requiritur tempus, cujus initii non extat memoria. Ita communi D. D. opinione receptum esse refert *Muscorn. in tract. de jurisd. num. 125.* Denique notandum est privatas personas non esse habiles ad præscribendum merum imperium, eaque sententia est *l. 1. C. de curios. & stationar. lib. 12.* ubi traditur stationarios, qui sunt apparitores Præsidum, ad denuncianda crimina, & homines privati, non posse habere carcerem, neque aliquem tradere in custodiam sub pœna capitis. Postremò opponitur. *l. ult. C. de fund. & sult. rei domin. lib. 11.* ubi dicitur, quod loca, quæ ad sacrum dominium pertinent, nulli diuturna possessione præscribi possint. Resp. Illa lex loquitur de præscriptione longi temporis, quæ decem annis completur. At verò non negatur, quin longissimo tempore hoc est xxx annis, vel immemoriali tempore præscribi possint loca ad sacrum Principis dominium pertinentia. Et hæc obtinent jure civili. Jure autem Canonico merum imperium etiam existente scienti domini, spacio 40. annorum præscribi poterit. *d. c. auditis, & cap. de quarta ex de præscript. Muscor. d. lo. nu. 130.* Vide latius de hac quæstione differentem *Fach. lib. 8 contro. c. 23.*

ASSERTIO X.

Privati non possunt alicui tribuere iurisdictionem.

CAUTUM est jure civili, quod privatorum consensu non possit alicui iurisdicção aut judicadi potestas tribui, nec iudex possit fieri is, qui iudex non est. rex. in *l. 3. C. de jurisd.* Ratio est, quia iurisdicção est potestas publica, atque adeo publica, non privata autoritate constituenda, & absurdum esset vnum atque alterum hominem priuatum facere, quod est concessum toti populo.

Huic assertioni opponitur *l. 1. C. de jurisd.* ubi traditur, si iudex incompetens ex utriusque partis consensu sit aditus, acquiescendum esse rei judicatæ. In illa lege, procurator fisci, (qui incompetens est iudex in lite privatorum, ut pote qui tantum inter fiscum & priuatos habet iurisdictionem, *to tot. C. ubi caus. fisca.*) sententiam dixit inter priuatos, ibique statuitur sententiam ejus jure subsistere. Resp. Ibi procurator fisci inter certas personas habuit iurisdictionem, & judicadi potestatem, & litigatores incongruum eum esse scientes, volentes se incompetentis judicis iurisdictioni subjecerunt. Iudex namque incompetens fieri potest competens consensu litigatorum, si scientes illum esse incompetentem subjiunt se ejus iurisdictioni *l. 1. & 2. ff. de judic.* Solum ergo consensus privatorum litigantium non tribuit iurisdictionem ei, qui est omninò priuatus, sed ejus judicis, qui aliàs certæ iurisdictioni præest inter

per certas personas, & in certis causis, jurisdictionem prorogat, & extendit ad alias personas vel causas. Vnde rectè & aperte dicitur in *l. 3. C. de jurisdictione*. priuatorum consensum non tribuere ei jurisdictionem, qui nulli iudicio præest. Summa est, priuatorum consensu non tribuitur, sed tantummodo prorogatur jurisdictione. Jurisdictio namque tribuitur vel à principe, vel à lege, vel præscriptione acquiritur. *l. 1. ff. ad l. Iul. amb. l. more 5. ff. de jurisdictione*. *l. viros C. de diuers. off. lib. 12.* Priuati nullam jurisdictionem habenti non adicere possunt, sed alias in eum, qui jurisdictionem ex lege habet, consentire, eique se subicere possunt.

Secundò aduersatur huic decisione, quod magistri collegiorum & priores opificum habent jurisdictionem de negotiis ad illud collegium seu officium vel mercaturam pertinentibus, & tamen illi plerumque sunt homines priuati, nec magistratu aliquo funguntur. *l. ult. C. de iurisd.* Resp. Collegia opificum habent quidem iudices peculiare de negotiis ad illa artificia pertinentibus, vel eorum occasione contractis, sed tamen illa jurisdictione non est illis priuatorum consensu, videlicet à Collegiatis tributa, sed potius à Senatus auctoritate, vel Principum concessione hanc jurisdictionem obtulerunt. Non enim omnibus promiscuè data est facultas habendi hujusmodi collegia, sed illis tantum permittitur instituere collegia, quibus hoc à Cto. vel Principis indulto concessum est. *l. 3. ff. de colleg. & corp. l. collegium. C. de hered. inst.* Collegio autem principis priuilegio vel Senatus auctoritate constituto, potestas simul collegiatis data censetur, eligendi iudices, qui jurisdictionem de causis ad collegium pertinentibus exerceant.

Postremò opponitur, quod priuati possint compromittere in priuatum quem arbitrum, ut priuatorum lites dirimat, qui tamen nec jurisdictionem habet, nec iudicio alicui præest. Resp. Compromissa sunt quidem ad similitudinem iudiciorum redacta, sed tamen ipsa non sunt iudicia. *l. 1. ff. de arbit.* Nam quod arbiter compromissarius pronunciauit, non est sententia, sed arbitrium, ex quo nec actio nec exceptio oriebatur ante constitutionem Iustiniani. *l. 2. ff. de arbit. l. 1. & l. cum antea C. eodem.* Atque hæc est ratio, cur hæc in arbitrio ita se habeant, quia scilicet priuati iudicem exercere non possunt eum, qui nulli iudicio præest, quo negato, omnia fiunt, quæ sunt iudicio vel jurisdictioni consequentia.

C

ASSERTIO

ASSERTIO XI.

*Magistratus municipales non habent mixtum imperium
sed simplicem iurisdictionem tantum.*

COMPROBANT hanc decisionem *l. ea qua. ff. ad municip.* ubi traditur ea quæ magis imperii sunt, quam iurisdictionis, hoc est quæ mixti imperii, non iurisdictionis simplicis, magistratus municipalis facere non potest. Quod latius explicant subiecta exempla. Vnde magistratus municipales non possunt in integrum restituere, aut bona seruandæ rei causâ ius possidere, quæ sunt mixti imperii. *L. iubere 4. ff. de iurisd.* Ad confirmationem huius sententiæ facit, quod magistratus municipales inter minores magistratus numerantur, qui de modicis & paruis summis tantum ius dicebant & sine imperio ac potestate constituti erant. *L. nec magistratus 32. ff. de iurisd. l. inter 28. ff. ad municip.*

In contrarium adferuntur hæc argumenta, quibus comprobari videntur etiam magistratus municipales habuisse mixtum imperium. Primum ita argumentantur. Mixtum imperium nihil aliud est, quam modica coercitio, inest iurdictio seu quæ iurisdictioni cohæret, & quæ ad exercendam & expediendam iurisdictionem pertinet. *l. 1. §. vlt. & l. vlt. ff. de off. ejus cui. & c.* Atque hæc modica coercitio competit magistratibus municipalibus, per regulam *l. 2. ff. de iurisd. & l. magistratibus 12. ff. de iurisd.* Resp. Ius civile magistratus municipales usque adeò depresso & abjecto habuit, ut mixtum imperium eis minimè concesserit. Vnde & multa dicenda ius non competit magistratibus municipalibus *l. vnic. in princ. ff. si quis ius dic. non obtineat.* At tamen aliquam modicam coercitionem pertinentem ad mixtum imperium habuerunt magistratus municipales, ne vana & illusoria illorum redderetur iurdictio. Hinc ne eorum sententiæ inutiles & frustra latæ dicerentur, permissum eis fuit ex lege, contra eum, qui soluere iudicatumque facere recusabat, mixto uti imperio, & seruos ejus pecudesque pignori capere *l. quem admodum 29. §. magistratus. ff. ad l. Aquil.*

Secundò videtur etiam magistratibus municipalibus mixtum imperium concessum, ut facilius iurisdictionem suam exercerent, quia principaliter eis modica coercitio à lege conceditur *l. magistratibus. 12. ff. de iurisd.* Resp. Iura Digestorum magistratus municipales modicam coercitionem non habuerunt in liberos, sed in seruos duntaxat. Quæ modica coercitio in seruos minor censei debet, quam mixtum imperium in liberos. Quod vel ex eo satis patet, quod hæc in seruos castigatio priuatis etiam, puta dominis in seruos, item

et magistris & præceptoribus in discipulos competat. l. vnic. C. de emend. l. sed & si 5. §. fin. ff. ad l. Aquil. §. sed & maior. Instit. de his qui sui alien. ju. Ita respondet. Longoual. in tracta. de iurisd. in 3. parte, in 4. articulo. Magistratus itaque municipales modicam animaduersionem eamque leuissimam tantum habuerunt, ut scribit Vlpianus in d. l. magistratibus. Huc tenet, quod Iudæi Pontio Pilato, Iudææ præfidi responderunt, qui Christum leniter ab illis castigari cupiebat, capitale crimen admisisse ex Legge, sibi que non licere mortem cuiquam irrogare. Ioan. cap. 18.

tertio videtur aduersari l. 1. & 4. ff. de damno. infect. ubi magistratibus municipalibus permittitur iubere cauere ex causa damni infecti, & propter nimiam non cauentis in possessionem mittere, quæ tamen sunt mixti iurii l. 4. ff. de iurisd. Resp. Ea solum magistratibus municipalibus concessa sunt, ceteras verò coercitiones prætoris jurisdictioni reseruauit, ideoque ea magistratibus municipalibus rectè deleganda putarunt. Concesserunt ergo ea ex prætoris concessione, specialiter ob causæ fauorem illis tributa, quia res damni infecti celeritatem desiderat. d. l. 1. ff. de infect.

lenique videtur ob stare §. cognoscent. No. de defens. ciuit. ubi traditur defensores plebis cognoscere debere de leuioribus criminibus. Resp. Illa Nouella non debet extendi ad magistratus municipales cognitos à jure Digestorum, quia eo tempore defensores plebis nondum cognoscebantur. Poterunt adhuc ex eadem Nouella 15. instatur, ubi dicitur, defensores ciuitatis, qui sunt species magistratuum municipalium, non posse acta conficere, in iis quæ jurisdictionem desiderant. Resp. Illud quid sit, statim Nouella declarat, ut intelligatur de causis, quæ magnitudine forensi dignæ sint, scilicet quod bonorum possessionem non dabunt, non restituent in integrum, in possessionem non mittent, hæc enim omnia requirunt maius imperium. ad d. No. 15.

ASSERTIO XII.

Priuatus merum imperium non habuit, sicut nec præses prouinciæ ius deportandi.

PRIMA pars hujus assertionis confirmatur ex l. 3. ff. de off. præf. l. 1. & ult. ff. de off. procons. in quibus legibus expresse traditur, quod præfides prouinciæ & proconsules tantum in iis prouinciis, quæ illorum gubernationi & potestati commissæ erant, exercebant merum imperium. Idque

tunc demum, cum in eâ prouinciâ versabantur. Cæterum si eam prouinciâ egressi erant, statim deponabant imperium, & pro priuatis habebantur. Vnde liquiddò constat priuatis hominibus, qui nullum magistratum gerebant, seu qui sine imperio ac potestate erant, non competisse merum imperium.

Sed contrariam sententiam, priuato scilicet olim competiisse merum imperium, si id specialiter lex ei dederat, defendunt *Cuiac. lib. obseru. 21. c. 30. & Petr. Fa'ler ad l. nemo 70. de R. I.* Quam suam novam opinionem confirmant adducta *l. 1. ff. Ad l. Corn. de sic. vbi à ICto illa duo magistratus & iudex publici iudicii, tanquam diuersa ponuntur.* Vnde colligunt, quod possit aliquis præesse publico iudicio, & ita merum imperium habere, qui tamen priuatus sit & nullo magistratu fungitur, cui videlicet ex lege quæstio publica obuenerit. Quo sensu etiam accipit *Cuiac.* illa verba in *l. 1. ff. de off. eius cui &c.* is cui obrigerit exercitio legis Iulæ de vi, id est, is prætor, iudexve quæstionis, cui forte obuenerit quæstio de vi publica vel priuata. Sed respondeo, quod illæ leges loquantur de iudicibus quæstionum capitalium, qui cognitionem tantum habuerunt causarum criminalium, non verò exequendi iudicati potestatem. At verò illam cognitionem longè diuersam fuisse à mero imperio, vel inde patet, quod illa cognitio criminum capitalium mandari potest *l. solent. 6. ff. de off. procons.* at ipsum merum imperium non delegatur. *l. 1. ff. de off. eius cui &c. l. nemo 70. ff. de R. I.*

Secundò obijcitur *l. aliud est prius 131. in fi. de V. S.* vbi dicitur magistratus solos posse mulctam dicere, pœnam autem irrogare possunt, quibus huius criminis executio competit, id est, vt interpretatur *Cuiac. lib. Obs. 15. c. 39.* cui obuenerit forte, etiam priuato. Resp. Sensus huius legis est, quod mulctæ dictio competit iure magistratus, non verò criminis executio, vel pœnæ irrogatio: & magistratus ob id quod imperium iurisdictioni mixtum habent, possunt mulctam dicere: Idèò autem additur dictio solos, vt intelligamus mulctæ dictionem non competere iudicibus delegatis. Pœnam autem irrogant magistratus, non quod in magistratu sunt, sed quod huius criminis executio specialiter & nominatim eis permessa est.

Secunda assertionis pars, quod nimirum præsidēs prouinciæ non habuerunt jus deportandi in insulam, variis juris textibus comprobatur. Ita enim discretè statuitur in *l. 2. §. 1. ff. de pœn. l. inter pœnas 6. §. 1. ff. de interd. & releg. l. 1. §. 3. de leg. 3.* quibus legibus vnanimiter traditur, præsidibus prouinciæ jus deportandi in insulam non esse datum, & si præses aliquem deportandum in insulam sententia comprehenderit, hæc effectum non habet, nisi princeps sententiam comprobauerit *d. l. inter pœnas §. 1. ff. de interd. & releg.*

Sed

Sed contra hanc decisionem tale adfertur argumentum. Cui licet quod plus est, ei utique debet licere quod minus est. *l. non debet 21. de R. I.* Atqui p[ro]f[er]es p[ro]vinciæ habuit jus gladii, & damnandi in metallum *l. 6. §. qui vni-*
ff. de off. p[re]f. Ergo etiam jus deportandi illi meritò tribui debet, quia
 plus est alicui adimere vitam p[œ]na gladii, & libertatem damnatione in me-
 tallum eripere, quam solam ciuitatem auferre deportatione. Similiter nec
 p[re]sidibus p[ro]vinciæ potestas fuit, confiscandi aut adimendi bona, cum ta-
 men vitam adimere potuerint, *l. unica C. Ne sine iuss. princ. cert. judic. liceat*
ff. de off. p[re]f. Resp. In his quæ meri sunt imperii, hæc regula à majori ad minus
 non admittitur, quia ea tantum ex mero imperio sibi quis assumere potest,
 & a lege, S[en]ato, vel constitutione Principum specialiter ei data sunt *l. 1. §.*
si mandatam. ff. de off. ejus cui mand. p[re]sidi p[ro]vinciæ datum est jus gladii,
 damnandi in metallum, jus relegandi. *l. relegatorum §. 1. ff. de interd. &*
eg. jus confiscandi vel deportandi nulla lege datum est. d. l. inter p[œ]nas §. 1.
 eleganter & subtiliter tradunt Cujac. ad *l. 6. §. ejus qui. ff. de in iust. rupt. irr.*
 tr. Faber ad *l. nemo potest 70. num. 10. ff. de R. I.*

ASSERTIO XIII.

*Hæc verba, profiteor te non teneri, pactum
 reale inducunt.*

CONFIRMATUR hæc decisio aperto textu in *l. tale pactum 40. ff. de*
pact. ubi I. C. expressè ait, hæc verba, profiteor te non teneri, efficere
 pactum in rem adeo ut nec à te nec ab hærede tuo peti possit, & neque
 ego, neque hæres meus petere possimus. Sed contra hanc decisionem duo
 poni possunt. Primò non videtur esse pactum, quia verba proposita non
 sunt disponentia, sed enunciantia, talia autem verba non inducunt disposi-
 tionem. *l. Publica 26. §. ult. ff. de pos.* Resp. Satis ex his verbis colligi pactum
 non petendo, nam pacta fiunt nudo consensu, nec requirunt certa verba,
 sed etiam sine verbis consistunt, ut fit in tacitis pactis *l. 2. 3. & 4. ff. de pact.*
 non obstat *d. l. Publica §. ult.* quia ibi agitur de obligatione constituenda, &
 eadem de obligatione depositi, quæ re contrahitur. Proinde confessio ali-
 jus non potest talem obligationem inducere, sed tantum probare: alioqui
 positum fieret verbis, seu nudo consensu, hic autem loquimur de obliga-
 tione dissolvenda, quod longè facilius admittitur *l. Arrianus. ff. de obligat. &*
l. & quidem dissolvenda per pactum, quod longè facilius fit.

Secundò opponi potest, quod dictum pactum sit p[er]sonale, propter verba

C 3

illa,

illa, profiteor te non teneri: Sed resp. Personas nominari, non ut fiat pactum personale, sed ut appareat inter quos pactum factum sit. *l. 7. §. pactorum. ff. de pact.* Cæterum esse pactum generale & in rem, ex ipsis pacti verbis colligitur, id est, ex verbis, non teneri: nam si tu non teneris, nec hæredem tuum relinques obligatum. Hoc igitur verbum majorem vim habet, quam si pactus essem de non petendo, quia possum non petere à te, & tamen petere ab hærede tuo, non potest autem hæres tuus mihi teneri nomine hæreditario, nisi & tu teneris. Vide *Cuja. lib. obs. 18. c. 2.* ubi plane hanc assertionem & plenè confirmat & approbat. Concordat huic explicationi *Anton. Fab. ad d. l. tale pactum. ff. de pact. in rationalib.*

ASSERTIO XIV.

Dux belli in consulto Principe inire non potest pacem cum hostibus.

ANCEPS & dubia quæstio movetur à DD. an Dux belli seu exercitus potestatem habeat pacem cum hostibus ineundi. Quod de eo quaeritur, qui alterius ductu & auspiciis bellum gerit. Nam de Rege & Principe, qui pacis ineundæ & belli indicendi arbitrium habet, nulla potest esse dubitatio. Et verior est Bartoli, cæterorumque antiquorum DD. sententia, Duci exercitus illam facultatem non competere. Quæ opinio confirmatur per *l. mandato generali 60. ff. de proc.* ubi statuitur, quod mandato generali non contineatur potestas transigendi.

Hanc decisionem impugnat *Duar. ad tit. de pact.* qui ita distinguit. Aut ducendi tantum & regendi exercitus cura illi demandata est, aut plena & libera rerum omnium potestas ei concessa est: priore casu non potest inire pacem cum hostibus: posteriore verò potest. Idque confirmat *l. procurator eius 59. ff. de proc.* ubi statuitur quod procurator constitutus cum liberâ potestate, potest transigere de rebus domini. Vnde & Principis vicarij, qui ab eo duces exercitus creati sunt, quia habent mandatum cum liberâ potestate, possunt cum hoste de pace injussu Regis seu Principis pacisci. Sed hæc distinctio non videtur admittenda, quia cum jure imperij soli principi aut Reipub. hæc nominatim competant, non transferri debent ad alios, nisi specialiter illis sint concessa. Regulare enim est, ea quæ requirunt speciale mandatum, non transire ad alios, quamvis plena liberaque rerum potestas sit eis demandata. *cap. qui ad agendum. de procurat. in 8.* Nam & in generali oratione non veniunt ea, quæ quis verisimiliter non esset concessurus. *l. obligatione generali. ff. de pignor.* Quamobrem oportet, ut dux belli pacem cum

em hostibus inire possit, ut hoc nominatim ei sit permissum. Quam etiam
 cisionem eleganti sententia confirmat *Polybius lib. 1. historiarum*, dum in-
 cit, Non potest dux quispiam in exercitu ipso, exercitus imperatore in-
 so vel repugnante, polliceri hosti obsessio vel dediti sese, incolumitatem
 salutem. Item *libro sexto*. De bello & pace cum hostibus paciscendi jus,
 latis exteris respondendi auctoritas, penes concilium ordinum, non au-
 tem penes vnum Regem vel Consulem esto. Eandem assertionem confir-
 mat *Herodot. lib. 6. historie*, dum inquit. Qui dux inferior atque magistra-
 abque superioris Principis aut Reipublicæ consensu aliquid hostibus
 sociis spondit, aut damnum intulit, pro noxâ iisdem est dedendus.
 de *Vincens Cabotium lib. 2. disputat. c. 15.* ubi latius hanc quæstionem
 terminat.

ASSERTIO XV.

*Qui pacto recipit in se casum fortuitum, tenetur etiam
 de casibus fortuitis insolitis.*

QVOTIES in aliquo contractu, puta locationis, commodati, depositi,
 vel alio debitor in se suscipit periculum casus fortuiti, censetur etiam
 obligasse ad casus insolitos & inconsuetos. Hæc sententia probatur ex
 si quis domum 9. §. *Iulianus. ff. locati*. ubi dicitur, standum esse pacto, si quis
 lauit fundum ea lege, ut etiam si quid vi majori accidisset, præstaretur ei
 cerces. Vis autem major intelligitur omne periculum casus fortuiti, cui
 humano consilio resisti non potest, *l. ex conducto. §. si quis tempestatis. ff.*
lat. Vnde saltem in genere de omni casu fortuito, siue solito, siue insoli-
 to, ea pactione actum videtur. Nec dicitur casus fortuitus, nisi raro con-
 tingat, attestante *Baldo in l. sed & si quis §. quasitum ff. si quis cautio*. Eadem
 sententia confirmatur per *l. 1. C. commod.* ubi pactum valet, quo in genere
 commodatarius omne periculum vis majoris, & casus fortuiti in se recepit,
 luti si res commodata vi latronum, aut hostium incursum intercepta sit.

Opponitur *l. fistulas 78. §. frumenta ff. de contr. empt.* ubi dicitur, quod
 venditor pacto se adstrinxit, se præstiturum, si quid vi aut tempestate factum
 eret, quod vsitatam tempestatem tantum præstare teneatur. Vnde de casu
 fortuito solito & vsitato tantum tenetur, qui pacto in se recipit casum for-
 titum. Resp. Sensus hujus legis hic est. Venditor qui vendiderat frumen-
 tum in herbis seu campis existentia, promiserat se emptori præstiturum id,
 quod vis ac mala tempestas damni intulisset, postea niues frumenta corru-
 perunt.

perunt. Resp. IC. si immoderate niues & contra consuetudinem fauientes damnum attulerunt, venditorem teneri. At si ordinaria & moderate niues fuerunt, quia plerumque tempore hyemis ningere solet, hoc damnum sustinebit emptor, quia non censetur venditor per pactum quo in se recepit periculum tempestatis, damnum emergens ex moderata ac solita tempestate prestare voluisse. Itaque ex hoc §. hæc vera decisio colligitur, quod obligans se ad casus fortuitos, ad insolitos, & rarissimè contingentes casus se obligasse censetur. Hanc sententiam defendunt & approbant Pinel. ad l. 2. C. de rescind. vendit. l. 1. par c. 3. num. 29. Fachin. lib. 1. contro. c. 15. Dalsenium Bart. & Gothofr. ad d. l. fistulas §. fragmenta.

ASSERTIO XVI.

Conuentiones inter conjuges de reciproca successione valent.

REGULARITER pacta de futura successione viuentis interposita, jure ciuili reprobantur & nullius sunt momenti. l. 4. Cod. de inutil. stip. Cujus juris hæc est ratio, quia hujusmodi pacta plena sunt tristissimi & periculosi euentus, & contra bonos mores iniuncta censentur. Inducunt enim votum captandæ mortis, & occasionem præbent peccandi, propter insidias, quas struere possunt paciscentes viuenti, cujus hæreditas in pactum deducitur l. ult. C. de pact. l. stipulatio hoc modo 61. ff. de V. O. Attamen si reciproce inter conjuges hujusmodi pacta interponantur, quod superstes in prædefuncti conjugis bona in totum vel pro parte succedat, hæc conventio legibus scriptis non improbat, & passim vsu forensi moribusque recepta est & approbata. Eaque sententia maximè confirmatur per l. quod autem 7. §. si vir & vxor. ff. de donat. int. vir. & vx. vbi statuitur, quod licet donatio inter conjuges sit prohibita, tamen vicissitudinaria & reciproca donatio inter eos permittitur, quia hæc conventio non tam sapit naturam donationis, quam permutationis. Similiter videtur illud pactum de reciproca successione inter conjuges juri esse consentaneum, quia in hoc pacto tollitur ista sinistra suspicio desiderandi seu captandi mortem alterius, cum non minus quis propriam suam hæreditatem alteri relinquat, quam vt alterius hæreditatem sibi defuncti expectet. Hanc opinionem quod pacta vicissitudinaria de succedendo inter conjuges valeant, adeo vt ne quidem ob ingratitudinem reuocari possint amplectuntur Gail. lib. 2. obs. c. 125. Mins. Cent. 2. obs. 33. vbi notat in Camera imperii hanc sententiam judicando firmatam, & notissima Germaniæ consuetudine observari.

Scd

Sed huic decisione opponitur *l. licet. 19. C. de pact.* vbi statuitur hanc conventionem de mutua successione valere inter milites tantum, ex speciali favore, quod scilicet milites de bonis suis, in vim postremi iudicii, quomodo volunt, & quomodo possunt, disponere & testari possint. Ergo in paganis non militantibus contrarium, jus scilicet commune est seruandum, quod et pactis hereditatem deferri *l. pactum 15. C. de pact. l. 3. C. de collat.* Resp. Quia causa mouit Impp. vt singulare hoc jus de pactis reciproce successionis militibus admiserint, fauor scilicet militiae, & vtilitas Reipub. eadem quoque ratio conjugibus adaptari potest. Nam non minor fauor militat pro coniugio, quam pro militia: plurimumque interest hanc pacta reciproca de succedendo inter conjuges valere, vt hoc pramio & emolumento de lucrandis bonis dotalibus, facilius homines mutarentur ad matrimonium contrahendum *arg. l. 1. ff. solut. matr.* Præterea iuuatur & stabilitur hæc consequentia hac ratione, quia pacta de succedendo super dote & donatione propter nuptias, valida sunt inter conjuges *l. hereditas. C. de pact. conuent. l. Diuis. e. nat. lib. l. tale pactum §. vlt. ff. de pact.* Ergo etiam super cæteris bonis tantum de reciproca successione admitteretur inter conjuges: plerumque enim vt tam mulieres omnia sua bona marito in dotem adferant, quam è contrarij quoque omnia sua bona in donationem propter nuptias vxori adferant. *arg. l. mulier bona 73. ff. de jur. dot.* Denique tam arctus & vehemens amor inter conjuges viget, vt nullo pacto hæc suspicio admittatur, ne propter præmaturam successionem, alter in alterius mortem inhiare, & alterius fata accelerare velit. Dissentit *Fachin. lib. 5. controuers. iur. c. 86. c. 7.* Vide *Vvesemb. in parat. ad tit. de pact. dota.* vbi notat talia pacta de reciproca successione inter coniuges valere, si in ijs præsentia quinque termini interueniat. *l. vlt. infr. C. de codic. l. vlt. C. de dona. cau. mort.* Nam talia pacta de futura successione sapiunt naturam donationis causa mortis, & tales sunt vltimarum voluntatum. *l. tale pactum. 49. §. vlt. ff. de pact.*

ASSERTIO XVII.

*Conventio non valet, ne dolus præstetur
in contractibus.*

DEO dolus in omni contractu præstandus est, vt cum alia pactio de re priuata rata sint, hæc conventio tamen non seruanda sit, ne in deposito quidem, si conuenierit, ne dolus malus præstetur, tanquam sit contra bonam fidem, contraque bonos mores. *l. contractus. de R. l. 1. §. vlt. ff. de posir.* Ideo autem contra bonos mores est hæc conventio, quia

D

impunitate

impunitate doli propositâ inuitat ad delinquendum, vbi conteniebat reum metu penæ potius à maleficio deterreri. *l. illud. 5. ff. de pact. dota. l. si vnus 27 §. pacta ff. de pact.*

Sed aduersantur huic decisioni *l. jurisgentium 7. §. si paciscar ff. de pact. & l. 4. in fin C. de transact.* vbi admittitur pactum, ne dolus præstetur. Resp. Quod dictum est, pactionem non valere, qua conuenit ne dolus præstetur, intelligendum est de dolo futuro, de quo id agitur conuentione, ne præstetur, si fortè postea admissus sit. De præterito verò dolo vt & de furto transigere & pacisci permissum est. *d. §. si paciscar. l. si tibi. 17. §. quedam ff. de pact.* De præterito dolo quod pacto remitti possit, disertè scriptum est in *d. l. 4.* Non obstat autem in hoc casu superior ratio allata, cur de dolo futuro non liceat pacisci, nam hic remittimus actionem jam nobis quasitam, nec propterea reum ad dolum admittendum inuitamus, cum jam admissus sit, nec de futuro dolo agatur. Sic & de falso pacisci & transigere licet, sed falso iam admissò, cum quæstione falsi motâ de eo transigitur *l. pen. C. de trans.*

Secundò prædictæ assertioni grauiter repugnat *l. si vnus 27. §. illud. ff. de pact.* vbi etiam admittitur pactio de futuro dolo non præstando. Nam ita Paulus I C. ait, non valere pactionem, ne dolus malus præstetur, quamuis si quis paciscatur, ne depositi agat, vi ipsa pactus videtur, ne de dolo agat, quod pactum proderit. Resp. Hæc pactio qua deponens paciscitur cum depositario, ne depositi cum eo agat, prodest quidem reo, sed non ad hoc prodest ei, vt non liceat actori de dolo agere, si cum dolo quid fecisse in deposito interuertendo probet. At in hoc prodest Reo, si dicat se rem depositam amississe, quamuis illud non probet, tamen propter prædictam conuentionem ei fides habeatur, & allegata tantum amissione depositi absolui debeat, quod non interpositâ hac conuentione futurum non erat, quia alioqui amissionem allegatam probare tenebatur depositarius, aut condemnari debebat. *l. 4. C. de pig. act.* At vero si actor contendat rem depositam adhuc esse apud reum, aut dolo malo ejus esse amissam, & probationem ejus suscipiat, audiendus erit. Nec obstabit ei prædicta conuentio, quæ sine manifesta turpitudine non potuit Reo concedere, vt impunè in deposito actorem fraudaret. Pactum namque ne futurus dolus præstetur in deposito, inuitat reum ad delinquendum & liberè grassandum fraudandumque in deposito, quod turpe est & contra bonos mores, ac proinde non seruandum *l. si vnus. §. pacta. ff. de pact.* Ita eleganter tradit *Donel. lib. 16. com. c. 6. & ad l. 6. num. 10. C. de pact.*

ASSERTIO

ASSERTIO XVIII.

Si filia dote acceptâ renunciât hereditati paternæ, eaque ante patrem mortua sit, non nocet hæc renunciatio nepotibus, quominus perueniant ad successionem Aui.

QUANDO filia validè & legitimè renunciant successioni paternæ, puta cum juramento & dote congruâ sibi constitutâ, si moriantur ante patrem, non nocet hæc renunciatio nepotibus, sed nepotes nihilominus ad hereditatem aui proprio jure admittentur, si modo dotem acceptam conferunt. Hæc sententia probatur primò *arg. l. si ex patronis 19. §. 1. in fin. ff. de n. lib. & l. si quis filio. 6. in princ. ff. de injust. rupt. irr.* ubi traditur, quod si pater exhæredat filium suum, qui moritur ante testatorem, ista exhæredatio non nocet nepotibus ex illo filio, quia habetur pro non factâ. Ergo eodem modo non debet nocere renunciatio hereditatis: quia validè sumitur argumentum ab exheredatione ad renunciationem. *Castrens. ad l. qui supersitis 2. ff. de acqu. hered.* Deinde hisce duabus rationibus hæc decisio confirmatur. Prima est, quia hæc successio debetur liberis prouisione legis seu edicti. Ideoque parentes eam suo iudicio suâque dispositione tollere non possunt *arg. l. si adrogator 22. ff. de adopt. l. si quis filium 34. C. de inoff. test.* Altera ratio est, quia filia renunciando successioni futuræ, videtur renunciare sub ea conditione, si successio ad eam deuoluatur, quæ conditio impletur, quando filia moritur post patrem: sed quando moritur ante patrem, tunc conditio euanescit, quia nunquam fuit sibi delata hereditas. Ergo ista renunciatio habetur pro non facta. Itaque nepotes nihilominus debent succedere, quia renunciatio nullum eis præbuit obstaculum. Sed si filia quæ renunciât, obiit post patrem, tunc quia hereditas fuit ei delata, ea renunciatio nocet, & obstat nepotibus.

Opponitur primò hoc argumentum. Heredes tenentur contractum defuncti approbare, nec possunt contractum defuncti impugnare, quando defunctus pro se & hæredibus suis pactus est *l. cum a matre. C. de R. V. l. ex qua persona ff. de R. J.* Ergo & filii non possunt rescindere renunciationem matris, quando mater promisit nec per se, nec per heredes suos contrauenire, defunctus enim potest obligare hæredem suum. Resp. Mater censetur renunciatione suâ & pacto obligare heredes suos, quo ad illa, quæ habent hæredes matris. Sed filii non petunt illud quod ad matrem spectauit, sed hæreditario, nam non veniunt ex persona matris, sed ex proprio jure,

D 2

cui

cui renunciatum non fuit, nec illud habent ut hæredes matris. Ergo non sunt hæredes seu filij obligati hoc pacto matris.

Secundò opponitur, quod filius non potest habere feudum ex pacto & providentiâ, & repudiare hereditatem patris. *c. 1. An agnat. vel fil. poss. etin. feud. lib. 2. feud. tit. 45.* & tamen illud feudum habet ex persona propria, ex providentiâ scilicet primi domini concedentis feudum, & dispositione legis. Sic etiam hoc casu, licet filij veniant ex persona propria, tamen ex quo sunt hæredes matris, debent approbare pactum matris. Resp. Renunciatio matris habetur pro non facta, propter non impletam conditionem. Renunciatio enim videtur facta sub conditione, si scilicet matri illud jus competierit, & hæreditas matri sit delata. Atqui hæreditas illa matri non fuit delata, unde renunciatio tanquam deficiente conditione, habetur pro non facta. per *l. qui heredi 44. & l. Mauius 55. ff. de cond. & demonstrat.*

Tertium argumentum. Hæres & defunctus habentur pro vna & eadem persona. *No. 48. de iurejur. à moriente præst.* Ergo quod defunctus pepigit, & hæres censetur pactus. Resp. Hoc venit ex fictione juris, sed vere sunt diuersæ personæ. Et illa regula procedit in his, quæ habet immediatè hæres à defuncto, tanquam hæres. Sed hanc successionem, non habent filij tanquam hæredes matris, sed ex proprio jure. Ergo quoad eam non repræsentant matrem, nec possunt dici eadem persona cum matre. Postremò oppono hoc argumentum, quod mater accepta dote renuntians, consecuta videtur hereditatem, quia dos est loco hereditatis. Resp. Filia non censetur accipere dotem hereditatis loco, sed dote contenta, dicitur adhuc hereditati sibi debitæ renuntiare. Nam tenetur pater filiæ dotem dare, & nihilominus filia succedit patri dotem conferendo. *l. ult. C. de promiss. dot. l. illam. C. de collat.* Ipsa ergo filia non succedit, quia renuntiavit: filij verò eius, seu nepotes nihilominus succedunt auctori, quia veniunt jure proprio. Hæc est communis DD. opinio, quod renunciatio filiæ facta in bonis paternis vel maternis, non præjudicet nepotibus, si filiæ vivo patre vel matre sint præmortuæ. Ita eleganter tradit *Miranda disput. 10. num. 13. Villalobos in com. opin. litera F. num. 151. Stephan. Ranchin. in annotat. ad Guid. Pap. quæst. 598.* Probat & hæc opinio *Baldo in l. ult. C. de pact.* cujus contrarium defendit Romanus: sed prius verius. *Couar. ad c. quammis pactum. de pact. 3. par. §. 2. num. 4.* Extant quoque pro hac opinione duo famosissima consilia *Vvesenbecij conf. 11. num. 14. & conf. 71. num. 16. 17. 18. & seqq.* Approbat hanc etiam decisionem *Fachin. lib. 3. controu. jur. c. 23. 24. & 25. Minsinger. cent. 2. Obseru. 7. Boër. decis. 3. Laurent. Kirchou. in com. opin. concl. 100. vbi dicit hanc opinionem esse communem. Aymo Grauetta conf. 127. Thomas Grammat. decis. Neapol. 57.* Vide hanc quæstionem absolutissimè tractantem & validissimè

simis

imis rationibus comprobantem, Nobiliss. & Clariss. IC. And. Gail. Cæsareæ Majest. Conf. & Referendarum, in suis obseru. pract. lib. 2. obseru. 147. per totum.

ASSERTIO XIX.

Transactio de crimine falsi jure civili licita est.

SUPER crimine falsi, siue illud civiliter siue criminaliter intentatum sit, transactio jure licita & permixta est; tex. sunt aperti in *l. ipse 7. C. ad Corn. de fals. l. transigere 18. & l. penultim. C. de transact. l. 2. Cod. de his quib. ut ind. ubi aperte traditur, transactione super falsi crimine factâ, non licere transigenti de falso iterum accusationem instituere. Ita deciderit Cujac. lib. obseru. 19. cap. pen. & lib. 6. c. xi. Cui adstipulantur Gouean. lib. 1. Var. Lect. c. 30. & Fachin. lib. 1. controuer. jur. c. 9. Dissentit Donel. ad *l. transigere*, num. 14. *C. de transact.* Imbertus in *Enchiridio, juris Galliae, in voce transigere.* Addens non licere Moribus Galliae super falsi crimine transigere. Idem tradit Ioan. Pap. Arrest. libr. 23. tit. 2. de composition. en delicts art. 4.*

Objicitur *l. Lucius penult. ff. ad S. C. Turp.* ubi generalis abolitio non trahitur ad crimen falsi, quemadmodum nec illæ remissiones, quas Principes faciunt ob lætitiâ pa. cis initæ. Ideoque dicendum videtur, quod quamuis in aliis criminibus generaliter transactio permixta videtur, vel etiam generaliter transactum foret, non tamen hoc ad falsi crimen extendendum. Resp. Neganda in hoc argumento à simili consequentia; & diuersitatis ratio est, quia alia est abolitionis generalis ratio, alia transactionis generalis. Illæ ad falsi crimen non extenduntur quia falsum ferè semper pertinet ad rem familiarem & priuatum commodum, ideoque abolitionem non conuenit eò extendi, non interueniente priuatæ partis offensæ consensu. At in transactione generali pars offensa consentit, ideoque illa ad falsi quoque crimen extenditur.

Secundò objicitur, quod falsi crimen est capitale *l. 1. & 5. C. Ad l. Corn. de fals.* Vnde à criminibus non capitalibus non rectè excipitur in *d. l. transigere 18. C. de transact.* in quibus vetita est transactio. Resp. Falsi crimen non est capitale eo sensu, quo capitale accipitur in *d. l. 18.* nempe ex quo pœna mortis infligitur. Etenim pœna falsi est deportationis & publicationis bonorum *l. 1. §. pœna falsi ff. ad l. Cornel. de fals.* nec mortis pœna locum habet in crimine falsi, nisi magnitudo rei id exigat. *l. vbi 22. Cod. eodem.*

D 3.

Tertiò

Tertiò objicit *Anto. Faber. l. 1. §. accusationem, ff. ad S.C. Turp.* vbi mulier quæ ad falsi accusationem non admittitur, quia suam vel suorum injuriam non prosequitur, & si desistat, non tamen punitur. Ergo si ad accusationem admitteretur, punienda esset, si desisteret. juxta *l. si femina Cod. cod. Resp.* Argumentum à contrario sensu non rectè sumitur, quia repugnat text. in *l. 4. ff. ad S.C. Turp.* vbi dicitur, mulierem quæ propriæ injuriæ causa falsi crimen denunciauit, desistentem, S.C. Turp. non teneri. Ex quo argumentum aliud sumitur, transactionem de crimine falsi valere. Non obstat *d. l. si femina*, quia non loquitur de crimine falsi, sed in alio crimine, in quo femina suam vel suorum injuriam accusatione persequitur, & illicitè transigendo incidit in Turpilianum.

Quartò objicitur, *l. quæsitum, ff. ad S.C. Turpil.* vbi is qui minatus est falsi crimen se objecturum, & si postea non objiciat, non punitur. Ergo à contrario sensu, si postea objiciat, & desistat, est puniendus. Resp. licet *d. l. quæsitum* velit, vt is qui falsi crimen minatus est se objecturum, & non objecit, non puniatur S.C. Turpiliano, inde tamen non sequitur, istud quoque velle, vt qui illud objecerit, & postea transfegerit, in illud. S.C. incidat, quia huic interpretationi & argumentationi leges omnes aduersantur, quæ de crimine falsi transigi posse affirmant. Vide *Anto. Fab. lib. 2. conjectur. jur. c. 20.* vbi intendit probare de crimine falsi transigere non licere, sed illius argumentis jam satis superque à me est responsum.

ASSERTIO XX.

Transactio post rem judicatam interposita non valet.

TRANSACTIO post rem judicatam inita nullius est momenti. *l. si causa cognita 32. C. de transact. l. eleganter. 23. §. si post. ff. de cond. indeb. l. & post rem 7.* sumto argumento à contrario sensu. *ff. de transact.* Ratio est quia transactio tantum fit de re dubia & litigiosa. *l. 1. ff. de transact.* Sed post rem judicatam lis esse nequit. *l. sub specie & toto tit. C. de re jud.* quia res judicata rem certam & liquidam facit, & finem imponit controuersie. *l. res judicata. ff. de R. I. l. 1. ff. de re jud.* Ergo cum res clara sit certa & liquida post rem judicatam, transactioni omnino non est locus.

Opponitur quod post rem judicatam valet pactum, veluti si quis paciscatur, ne judicati agat. *l. 7. pen. ff. de pact.* Item quod licet unicuique juri suo renunciare *l. penult. C. de pact.* Solutio. De re judicata licet pacisci, non transigere, & qui judicio fuit superior, potest juri suo per pactum donandi causa renunciare, non tamen de eo transigere. *Paul. lib. 1. sent. tit. 1.*

in fin.

in fin. Ratio est, quia transactio est de re dubia. *l. 1. ff. de transact.* Res autem iudicata non est dubia, cum omnis controuersia per sententiam sit sublata. Pactum igitur donandi causa licet interponere post rem iudicatam, quia pacta fiunt etiam de re certa, transactioni verò non est locus re semel iudicata, quia transactio tantum fit de re ambigua *d. l. 1. ff. de transact.*

Secundò aduersatur *d. l. si causa cognita. vers. proinde C. de trans.* ubi inquit Impp. Si non Aquiliana stipulatione & acceptilatione subsecuta scilicet post rem iudicatam, competentem tibi actionem iudicati sustulisti, reus iudicatis præses effectum adhibebit. His verbis videntur Impp. sibi contradicere, quia primò dixerunt non valere transactionem post rem iudicatam, nec ea perimi actionem iudicati, deinde videntur apertè contrarium dicere, ita demum exequendam esse sententiam, si transactum non sit, iam per Aquilianam stipulationem etiam transigitur.

Resp. Propter hanc difficultatem tribus modis hic locus explicatur. Quidam distinguunt inter transactionem factam nudo pacto, & factam per Aquilianam stipulationem. Illa non tollit actionem iudicati, hæc verò (inquit) tollit. Accurs. merito rejicit hanc sententiam, quia priora verba legis generaliter loquuntur de transactione. Quod autem generi attribuitur, id verè tribuitur omnibus speciebus sub ea contentis. Adde quod eadem est ratio hoc casu omnium transactionum, quia scilicet omnis transactio est de re dubia: res autem iudicata non est dubia. Donellus putat his verbis non proponi exceptionem, sed tantum rationem decidendi, & accipit Si, pro quia: quod non est nouum, ut sensus sit, ideò sententiam esse exequendam, quia actio iudicati per Aquilianam stipulationem non est sublata. Mihi verò maximè vera videtur interpretatio, quam Accurs. adfert, & probat ut dictis verbis contineatur exceptio. Hoc autem sic intelligi debet: Stipulatio Aquiliana interuenire potest vel transigendi, vel donandi causa. Si transigendi causa, non valet, si donandi causa, valet: secundum ea quæ suprà exposuimus. Aiunt ergo Imperatores, sententiam esse exequendam, nisi actio sublata sit per Aquilianam stipulationem, id est, nisi talis sit ea stipulatio, quæ sustulerat actionem iudicati, quod perinde est, ac si dicatur, nisi donandi causa interuenerit ea stipulatio.

ASSERTIO

ASSERTIO XXI.

*Pactum inter Advocatum & Clientulum de quotâ
litis initum, jure non valet.*

PACTVM quo convenit inter dominum & procuratorem, vel inter advocatum & clientem, ut procurator, seu advocatus ejus litis, quam obtinebit, certam partem consequatur, non valet. *l. si contra 20. C. mandat. l. si remunerandi 6. §. ult. & l. sequ. D. eodem. l. sumptus 53. D. de pact. l. item 15. C. de procurat.* Similiter nec pactum valet de re certa vel particulari, super qua litigabatur, in euentum victoriæ danda, licet non ad quortam litis hoc pactum referatur: quia utrobique eadem militat ratio: pariter enim moverentur ad calumniandum advocati, propter certam rem ex lite sibi dandam in euentum victoriæ litis, sicut propter quotam litis. Ita rectè notant *azo, Gynus & Baldus in l. si qui. C. de postul.* Imò advocati & procuratores qui hoc modo paciscuntur, ab officio procuratoris vel advocati cum nota ignominia remouentur *d. l. si qui. C. de postu.* Quæ sententia & iure Canon. confirmatur in *c. infames. §. arcentur. 3. qu. 7.* Ratio est, quia pactum hoc est contra bonos mores, præbet enim caufidicis occasionem calumniosè litigandi, & calumniis veritatem propter spem lucri oppugnandi, & opprimendi, ut siue jure, siue injuria, partem litis ex victoriâ consequantur.

Opponitur *l. 1. §. si cui. D. de var. & extr. cognit.* ubi permittitur advocato partem aliquam ex lite, vel certam pecuniæ quantitatem palmarii nomine pacisci. Resp. dupliciter: Primò illud pactum tum demum valet, cum lis finita est, & per sententiam decisa, tunc enim licet advocato pro honoratio suo, item pro victoriæ præmio seu palmario quod in lite triumphaverit, certam pecuniæ summam à clientulo pacisci, & pactam exigere, quia post obtentam victoriam cessat peccandi falsique commitrendi illecebra: pendente verò lite tale pactum non videtur admittendum, quia nullus contractus, nulla conventio inter advocatum & clientulum lite pendente valet, *l. quisquis §. præterea. C. de postul.* Secundò licet quidem advocato vel procuratori de certo honoratio etiam palmarii nomine sibi dando cum cliente pacisci, sed non quantum ipse vult, verum quantum lex præscribit. Lex enim definit certam quantitatem honorarii nomine dandam advocatis, ut scilicet possint in causis grauioribus & arduis honorarii loco pro causæ patrocinio exigere centum aureos, supra verò centum aureos advocatus accipere non potest. *d. l. §. si cui.* Vide latius de hac assertione differentem *Menoch. in arbitrar. iud. cent. 6. casu. 522. & Guidonem Papa in decis. Gratianop. quest. 102.* ubi in addit notat Pet.

Matthe

Matthæus extare SC. Parisiense latum Anno 1514. quo huiusmodi pactio-
nes sordidæ & fraudis conscia declarantur.

ASSERTIO. XXII.

Spurii non sunt Infames.

SPURII appellantur, qui vulgò quæriti & incerto patre nati sunt, qua-
les sunt, qui ex scorto seu meretrice nati sunt, sic dicti, quasi *avogadlus*
concepti, vel quasi sine patre filii, vulgò nominantur bastardi, quasi *van*
ofer aardt. §. *si aduersus Instit. de nupt. l. vulgò concepti. ff. de stat. hom.* Quæ-
ritur autem à DD. An spurii sint infames habendi. Et verior probabiliorque
est sententia, propriè nec juris nec facti infamiâ spurios notatos esse, & si
negari non possit eis aliquid inesse maculæ, quod alibi Baldus scitè compa-
rat auro alchymistico. Rectè enim & accommodatè de hisce liberis alicubi
scribit Augustin. Benè est liberis quibus nec de matre est erubescendum,
nec de patre dubitandum. Vnde & spurii iure civili tanto odio laborant, vt
nec à patre quidem alimenta petere possint. *Auth. ex complexu C. de incest.*
cap. Quod tamen intelligendum est non de liberis naturalibus ex concu-
bina natis, sed de spurijis natis ex coitu à lege damnato, puta nefarijs & ince-
tuous liberis qui ex adulterio & incestu nati sunt. *d. auth. ex complexu, &*
ibi Gl. Iure tamen Canonico clementius cum iis agitur, quia non est æquum
infantem à Deo creatum fame necari. *cap. cum haberet ex. de eo qui dux. in*
matr. quam poll. per adult. Quæ sententia & iudicando approbata est in curia
suprema Mechliniensi, vbi pronuntiatum est, quod liberis quos sacerdos ex
concubina susceperat, licet non succedant parentibus ab intestato, tamen ali-
menta illis sunt præstanda, secundum vires patrimonij, & qualitatem perso-
narum, iuxta *cap. cum haberet. ex. de eo qui dux. in matr. quam poll. per adult.*
ita pronuntiatum in curia Mechliniensi Anno 1561. die 10. Ianuarij in cau-
sa liberorum spuriorum cuiusdam sacerdotis, D. Brunonis Wilhelmi sacerdo-
is ecclesiæ Wesopiensis quibus iussi sunt heredes proximi ab intestato com-
petentia alimenta præstare ex bonis defuncti patris sacerdotis ad arbitrium &
taxationem curiæ. Ita relatum extat in decision. supremi Senatus Holl. &
Westfris. decis. 2. Duplici autem ratione hæc decisio, quod spurii non sunt in-
fames, fundatur & stabilitur. Prima est quia pœna delicti suos debet tenere
authores, nec ulterius progredi debet metus, quam reperiatur delictum.
. sancimus, C. de pœn. Cum ergo spurii nihil deliquerint, non debent luere
pœnam scortationis paternæ. Altera ratio est, quod calamitas vel infortu-
nitum parentum non debet liberis damnum, aut dedecus adferre. *Instit. de*
E ingen,

ingen. in princ. l. crimen 26: ff. de pœn. vbi traditur, quod crimen vel pœna paterna nullam maculam filio infligere potest. Denique probatur hæc sententia per *l. spurii. 6. ff. de decur.* vbi statuitur, spurios posse in ordinem decurionum vel Senatorum eligi, addita hac ratione, quia non est impedienda dignitas ejus, qui nihil admittit. Iure Cano. Spurij ad quasvis dignitates, salua episcopali, admittuntur. *c. per venerabilem. Qui fil. sin legit. Aristot. etiam libro. 6. Politic.* hoc genus hominum à Reipub. administratione minimè submouendum arbitratus est. Porro, vt dixi, leuis quædam macula adhæret spuriiis, & plerumque spurii deteriores cæteris liberis euadunt. Vnde & dicuntur bastardi, quasi *boos aert.* i. de generis ingenii. Cujus rei elegantem rationem adfert Augustinus, dum inquit, Quia ejus modi filii à patre contemnuntur, nec rectè educantur, nec castigantur, vnde sæpè deteriores cæteris euadunt. *Chrysost. in 12. cap. ad Hebræ. Homil. 29.* populum adhortatur, vt putent Deum agere paternè, quando nos castigat, nam patres spurios & nothos liberos negligunt. Ergo Deus quando castigat, agit verum & legitimum patrem.

Aduersatur huic assertioni hoc argumentum. In liberis & posteris plerumque exempla criminis paterni metuuntur. Scortatores namque videntur quandam vim transfundere in semen, quæ etiam transcat in filios; vnde malè sequuntur inclinationes; atque hinc judicantur cæteris esse deteriores, propterea quod puerili ætate non corrigantur. Resp. Hoc argumentum est quidem probabile, non tamen necessarium. Nam & si sæpè solet similis filius esse patri, tamen hoc non est perpetuò verum, cum & ex improbo & vili patre aliquando nascatur probus & integræ vitæ filius, sicut è contra ex probro & honesto patre degener & improbus sæpè producit filius. Vnde spurii si modo virtutibus, & honestis moribus præditi sint, non debent propter natales impediri, quo minus ad honores & dignitates perueniant.

Secundò vehementer aduersatur locus *Deutero. c. 23.* vbi dicitur. Spurius non introibit in cætum vel concionem populi, ne in decimâ quidem generatione. Non ingredi in concionem, est ad fungendum officio sacro vel ciuili in habilem reddi. Proinde spuriiis non licuit tribunatum, præturam vel sacerdotium gerere, licet patrem habuissent sacerdotem, vel principem. Resp. Excluebantur quidem lege Mosaicâ spurii à ministerio & dignitate Ecclesiasticâ, sed illa lege nunc non adstringimur, & illa lex lata est ad scortationis detestationem tantum. Si itaque spurii sint singulari prudentiâ, & excellentibus virtutibus præditi, non sunt hodie ab officiis & muneribus Politicis vel Ecclesiasticis prohibendi. Hinc & Iepthe qui spurius erat, & ex meretrice natus, à populo Israëlítico fuit in ducem exercitus, & principem populi electus, illumque Deus ipse suo populo gubernato-

in præfici voluit. *Iudic. 11. in princ.* quia Deus non sibi, sed hominibus gem præscripserat. Ad hæc & satis constat multos, qui spurii fuerunt, egregios & insignes viros extitisse, & ad maximas dignitates euectos esse, vt *laetus in tractu de spuris cap. 55.* solide demonstrat. Vbi inter ceteros, censetur Bartolus Ictorum Coryphæus, quem vulgo lucernam juris, fontem veritatis, & saccum legum indigitant. Hic tamen extra coniugij schemata, spurius fuit, sed postea à Carolo IV. Cæsare natalibus restitutus, ac nobilitatem adeptus est, vt refert *Bodin. lib. 1. de Repub. c. 9.* Quod confirmat *Sannazarius* Italus poëta, qui asserit tres maximos juris nostri interretes, puta Bartolum, Ioannem Andreæ & Iasonem fuisse spurios & natos extra legitimum thorum, referente *Alciato libro. x. Parergon. c. 8.*

Tertiò opponitur *l. 3. §. spurios ff. de decur.* vbi traditur quod spurii non admittantur ad honores, si alii legitimè nati cum iis concurrant. Resp. verum quidem est, si alii legitimè nati cum spuris concurrant, qui æquè boni & honesti sunt, tunc spurii illis cedere debent, quod si non eueniat, spurii etiam, modo sint honesti & probi, ad honores admittentur. Denique hæc distinctio seruanda est in hoc articulo. Aut spurii re & vitâ honesta sunt, & tunc nullâ infamiâ laborare censentur, ideoque non obstat illis initium natalium, quo minus ad honores admittantur. *d. §. spurios.* vbi dicitur, etiam spurii ad decurionatum & re & vitâ honestâ recipiuntur. Aut spurii sectantur vitia paterna, & tunc tanquam inhonesti & infames à honoribus arcentur. His suffragatur decisio juris Canonici. *in c. nuntiam. distinction. 56.* vbi ex auctoritate Chrysostomi sancitur hoc modo. Natus ex meretrice, si propria virtute decoretur, parentum non dedecoretur improbris. Hanc sententiam, quod spurii non sint infames, defendit *Paulus in tractatu de spuris. capite quinquagesimo quinto. & seq. H. Pistor. libro primo quaestion. iur. cap. 39. Fachin. libro quarto controuers. iur. cap. 93. Martyr. in loc. commun. Theolog. class. 2. cap. 11. Dissentit Mins. cent. 4. obs. 31. Vide & *Deco. Thomingium decision. 48. Tiraquel. in tract. de nobilitat. cap. 15. numero. 30. & seqq.**

ASSERTIO XXIII.

Infames jure civili possunt esse procuratores.

CONTROVERTITVR inter DD. num. infamis possit esse procurator. Et quidem jure civili infamis procurator esse potest, quia procuratoris officium est vile & abjectum, in quo dignitas personæ non attenditur §. *ult. Inst. de except.*

Sed obstat *l. 1. §. remouet ff. de postulando.* vbi dicitur, quod infames remouentur à munere & officio aduocati. Resp. Officium aduocatum est laudabile atque honoratum, estque aduocatio honos & dignitas *l. laudabili C. de aduocat. diuers. iud.* atqui infamibus portæ dignitatum non patent, *l. infamibus. de R. l. in 6.* procuratoris verò officium vile est atque priuatum, & in onere potius quam honore consistit. *l. si quis procuracionem 34. C. de de curio. lib. 10.* Vnde infames à procuratoris munere non repelluntur. Secundò aduersatur. *l. qui accusare 8. ff. de accus.* vbi statuitur, quod quidam propter delictum prohibentur accusare, ut sunt infames. Vnde colligitur, quod infames etiam non possint esse procuratores saltem in causis criminalibus. Resp. Hoc non accipiendum est de qualibet infamiâ, sed de eâ quæ contracta est ex publico vel capitali iudicio, vel grauiori quodam crimine. arg. *l. 1. ff. de bon. poss. contr. tab.* vbi habetur quod deportatus ob crimen publicum habetur pro mortuo. Ergo cum infamis ex capitali crimine censetur pro mortuo, procurator in iudiciis esse non potest. Idem comprobatur. *l. 1. §. remouet. ff. de postul. l. reum 6. C. de procur.* vbi traditur, reos vel damnatos capitali crimine non posse postulare vel procurare. Vel potest responderi, quod ex eo quod traditur infamem non posse accusare, non benè concluditur, generaliter infamem non posse accusare, non benè concluditur, generaliter infamem non posse esse procuratorem, sed hoc tantum inde consequitur, infamem in iudiciis criminalibus non posse fungi procuratoris officio: nam in causis criminalibus, quæ per accusationes exercentur, procuratores neque pro accusatore, neque pro Reo interuenire possunt. *l. penult. §. 1. ff. de pub. iud.* De jure verò Canonico infames non possunt esse procuratores. *c. infames. 3. 4. 7.* Quod & hodie in iudiciis benè ordinatis, & præsertim in Camera Imperii vsu obseruatur, in qua nemo ad munus procuratoris admittitur, nisi sit Doctor vel Licentiatus juris. Ratio est quia hoc est consistorium summi principis, scilicet Imperatoris & statuum imperij, in quod nefas est ingredi infamibus. arg. *l. veterani 8. §. sed ignominia. ff. de excusat. tut.* vbi dicitur quod infames non possunt ingredi vrbem

bet

in Romam, quia est Imperatoris vel Regis aula vel curia. Vnde nec in principis tribunali vel consistorio possunt exercere officium procuratoris. Eleganter tradit Mantua in glossar. juris. clas. 9. cap. 30. Vide bene de hac re differentem Gail. lib. 1. obs. c. 43. & Sichard. ad l. reum. 6. C. de procu. qui tamen contrariam sententiam amplectitur, quod infames etiam de jure civili possint esse procuratores indistinctè.

ASSERTIO XXIV.

Procuratoris apocha de recepto, præjudicat domino.

RAVIS & illustis quæstio est inter DD. An apocha facta à procuratore habente mandatum ad exigendam vel recipiendam pecuniam, doceatur pro veritate, ita vt domino faciat præjudicium. Bart. in l. 2. §. in cui. ff. de rebus cred. tradit, quod non præjudicet domino procuratoris predicta confessio. Verùm contraria sententia verior est, & legibus magis consentanea, quod scilicet procuratoris apocha de recepta pecunia, præjudicat domino. Probatur primo hæc sententia per l. Lucius 46. §. tutela, ff. de administrat. tuto. vbi apocha tutoris, qua confitetur tutor sibi à debitore pupilli solutum esse, præjudicat domino seu pupillo. Eadem ergo rationa apocha procuratoris domino faciet præjudicium, quia non magis tutor potest domine res pupilli, quam procurator pecunias domini. l. præses. C. de transact. l. primum curatoris 22. C. de pact. d. l. Lucius. §. vlt. in fin. Comprobat secundò hanc opinionem, l. vlt. ff. de Inst. act. vbi etiam ad obligandum dominum chirographum institoris seu procuratoris sufficit. Tertiò plurimum pro hac opinione facit. l. 2. in fin. C. de quad. præscript. vbi apocha facta à procuratore præjudicat fisco, vnde & de procuratore priuati idem erit dicendum.

Pro contraria opinione adducitur tex. in l. 1. §. si mutuam. ff. si qu. in fraud. pro. vbi traditur, quod licet libertus mutuum accipiendo & profundendo doceat patrono in legitima ei debita, verum tamen est, si id re ipsa accipiat, confessione verò sola mutui recepti ei præjudicare non potest. Similiter & procurator bonorum etiam si liberam administrationem habeat, confitendo non præjudicabit domino, quia plus potestatis in negotio sibi demandato habere nequit, quam libertus habet in propriis bonis. l. creditor. 60. §. Lucius, ff. mandati. l. contra 28. §. si filius, ff. de pact. l. procurator cui generaliter. §. ff. de procurat. Resp. Non obstat huic sententiæ quod dicitur in d. l. 1. confessionem à liberto de recepto in fraudem patroni factam, ei non parere præjudicium. Hoc enim verissimum est, neque nostram euertit opinionem. Eundem modo, si constat de fraude procuratoris, & quod pecunia non erit recepta, apocha procuratoris non nocebit domino, sicut nec patrono.

nocet. Si tamen de fraude aliàs non constat; apocha vera præsumitur, nec eam procurator ipse, qui fecit, nec dominus negare poterit, nisi id legitimis probationibus ostendat. Hanc sententiam quod procuratoris confessio de recepta pecunia, quando præcessit mandatum de recipiendâ pecunia, præjudicet domino, egregiè defendit & illustrat *Sarmen. lib. 3. select. interpret. c. 11.* A qua sententia dissentit *Fachinaus lib. 2. controuer. c. 55.*

ASSERTIO XXV.

Procurator ad certam litem datus, non solum appellare, sed etiam appellationem prosequi tenetur.

QUESTIO dubia & in diuersas partes agitata est inter DD. an procurator ad certam litem datus, suscepto officio non solum teneatur appellare, sed etiam appellationem interpositam ad extremum prosequi. Communiter DD. statuunt in *l. inuitus 17. C. de procurat.* procuratorem victum appellare quidem debere, sed institutam appellationem prosequi & exercere non teneri. Hanc sententiam sequitur & approbat *Boer. decis. 285. num. 9.* Contrariam sententiam defendit Placentinus vetus interpret, quod procurator non solum appellare, sed etiam appellationem institutam prosequi debeat. Quæ sententia accuratè comprobatur & defenditur à Donello, mihi quoque juri & legibus magis consentanea videtur. Probatur primò hæc decisio hac ratione. Procurator ad causam & litem datus, suscepto officio tenetur agere & rem iudicio persequi. At verò agere est rem iudicio ad extremum usque persequi, donec aut quis consequatur agendo quod petit, aut re iudicata certum sit factum amplius agi non posse. Itaque cum re iudicatâ possit adhuc amplius agi auxilio appellationis, tenetur procurator qui causam promisit se acturum, non solum appellare, sed etiam causam appellationis prosequi. Secundò confirmatur hæc sententia expresse per *l. 2. ff. An per alt. causæ app.* cujus hæc sunt verba; Si procurator absentis appellauerit, deinde rationes reddiderit, nihilominus & ipse respondere debet; Quorum verborum hæc est sententia. Si procurator victus appellauit, ut pro officio appellare debet, quamuis rationes appellationis reddiderit, nihilominus debet respondere, id est, causam appellationis peragere, si vult obligationi & fidei susceptæ satisfacere.

Opponitur huic assertioni *l. si actor. C. de appellat.* ubi actor à curatore ordinatus, si victus sit, appellare quidem potest, verum non cogitur appellationem exercere & prosequi, sed hoc curatori committitur. Resp. Illic agitur

gitur de actore, qui à curatore ordinatus est ad litem, inter quem & procuratorem magna est dissimilitudo. Nam actor datur à tutoribus & curatoribus, qui non sunt domini litis. *l. neque 11. C. de procur.* Procurator datur à domino litis. Deinde actor datur, si justum aliquod impedimentum vel legitima necessitatis causa impediatur tutores ab administratione: & cum decreto actoris constituitur, si ea causa pratori probetur. *l. decreto 24. ff. de administrat. tut.* At procuratorem constituit dominus pro suo arbitrio, utpote in sua, cujus ipse moderator est & arbiter, & tantum ei confert, quantum ult. Denique ad certam partem administrationis actor à curatoribus eligitur, cessanteque impedimento, propter quod tutores impediti actorem elegerunt, reuocatur actor. *l. 10. §. ult. ff. de excus. tut.* At contra dominus, cuius plena habet rei suae potestatem, procuratori actionem mandando, omnia quae actionis verbo continentur, ei mandare censetur. Continetur item agendi verbo, ut agat procurator, quamdiu de jure agi potest. In quo est appellatio, & appellationis prosecutio. Cum verò actori à curatore tantum certa pars administrationis, puta prima lis committatur, idque quamvis curator est impeditus, secunda appellationis causa iudicio & administrationi curatoris reservatur. Non quia non actori isti generali verbo mandatur actio, sicut & procuratori, sed quia non patitur veilitas minorum, ut plus mandatum intelligatur, quam quod nominatim & expressè cautum est, id est scilicet minorum actio & commodum, quam maximè fieri potest, in administratione & fide tutoris curatorisve retineatur. Ita eleganter & solide addit *Donel. lib. 18. comment. c. 16.*

ASSERTIO XXVI.

Quando dubitatur de mandato procuratoris, tunc admittitur cum cautione de rato.

TRADITUR hæc decisio pro regula in *l. 1. C. de procurat.* & *l. si seruum. 33. §. fin. ff. eo.* ubi statuitur, quod procurator agens alieno nomine debet cauere de rato, si de mandato ejus incertum est. Porro in hac questione, quando cautio de rato præstanda sit à procuratore actoris, ita communiter distinguitur. Aut certum est procuratorem habere mandatum, & tunc nulla opus est cautione de rato. *l. si procuratorem 65. ff. de procur.* tex. expressus in *l. vnic. C. de satisfd.*

Sed obstat *l. de pupillo 5. §. qui procuratorio ff. de no. op. nunciat.* ubi etiam verus procurator, hoc est qui mandatum habet, de rato satisfacere cogitur. resp. Fieri quidem potest, ut quis sit verus procurator, & tamen de eo

non

non constet, itaque eo casu satisfabit de rato, cum dubium est an sit procurator. *Gloss. in l. non solum 39. §. 1. ff. h. tit.* Aut constat procuratorem nullum habere mandatum, & tunc ne offerens quidem cautionem de rato, inuito aduersario admittitur. per *l. si pupilli. §. ult. vers. cerre ff. de negot. gest.* Aut probabiliter dubitatur de mandato, ut si proferatur mandatum mutilum, insufficiens & minus plenum, & hoc casu admittitur procurator cum cautione de rato. *tex. notab. in l. si is à quo. §. si procurator. ff. ut in poss. legat.* Est itaque in electione procuratoris actoris, cum de mandato dubitatur, an velit cauere de rato, vel docere de mandato. Quæ sententia Iohannis Glossographi est probabilior. Recte enim ille notauit procuratorem actoris in hac cautione præstandâ reum esse. Atqui cum reus alternativè obligatus est ad duo, tunc in electione ejus est, utrum præstare velit, §. *huic autem. 33. Instit. de act. l. plerumque in fin. ff. de ju. dot.* *Glossa in d. l. non solum, §. 1.* in verbo debet. ubi quoque Bart. eleganter hoc modo distinguit. Quem sequuntur *Vesemb. in parat. num. 6. de procurat. Donel. lib. 18. com. c. 13.*

Sed aduersatur prædictis *l. qui ita 66. §. 1. ff. ad S. C. Trebel.* ubi etiam procurator actoris absentis, qui desiderat sibi hæreditatem restitui, non admittitur cum cautione de rato, si de ejus mandato dubitetur. Resp. Vbicunque Reo non satis cautum est per satisfactionem de rato, tunc debet constare de mandato procuratoris actoris. Sic in hoc casu si hæres cogeretur adire hæreditatem ad petitionem procuratoris, de cujus mandato dubitatur, & dominus postea non haberet ratum, nec esset, cui fieret restitutio hæreditatis, hæres remaneret implicitus oneribus hæreditariis. *Bart. ad d. l. non solum. §. 1. ff. de procurat.* Admittitur ergo procurator cum cautione de rato, quando per eam idoneè cautum est aduersario, alias de mandato procurator docere debet. Quæ doctrina limitatur in procuratore constituto de publico ad exigenda tributa, hic enim non admittitur, nisi insinuet judici mandatum. *No. uel. 128. §. qui verò ad quæcunque.*

Videtur etiam ob stare huic decisioni *l. non distinguemus 32. §. ult. ff. de recept. arb.* ubi procurator qui litigat nomine domini coram arbitro, non tenetur præstare cautionem, ratum habiturum dominum quod agit. Ergo nec procurator coram iudice litigans, ubi de mandato ejus dubitatur, de rato satisficere tenetur: quia arbitria ad instar judiciorum sunt redacta. *l. 1. ff. de recept. arbitr.* Resp. Aliud in arbitriis quam judiciis receptum est, & ratio diuersitatis est, quia apud arbitrum idè non cauetur, quod nemo tenetur præcisè ad id, quod in laudo arbitri comprehenditur: sed si soluat pœnam in compromisso definitam, non tenetur stare sententiæ arbitri. *l. 1. C. de arbit.* Quod non est in sententiâ iudicis, cui litigantes præcisè tenentur parere. *Sichard. ad l. 1. C. de procur.* Prædicta obtinent in procuratore actoris. Procurator verò vel

defensor rei indistinctè tenetur cauere de iudicato soluendo, etiamsi mandatum habeat, nisi dominus idem pro eo satisfacere malit. *l. vnic. in fin. C. de iud. vel nisi immobilia possideat, quo casu nudè tantum promittit, l. sciens ff. qui satisfac. cog.* Rationem diuersitatis reddit. *Accurs. in d. l. non solum, §. 1. ff. de procur.* Denique supra-scripta decisio fallit in conjuncta persona, quæ etiam sine mandato alieno nomine agere & experiri potest, etiam constat apertè cum nullum habere mandatum, dummodò satisfaciat de rato exigendi 12. & *l. maritus 21. C. de procur. l. sed & hæ. 35. ff. eodem.*

ASSERTIO XXVII.

Maritus potest esse procurator vxoris, etiam sine mandato, dummodò caueat de rato.

MARITVS tanquam conjuncta persona potest esse procurator vxoris, & absque vilo mandato agere, litemque vxoris prosequi, & à sententiâ appellare, dummodò impleat solemnities satisfactionis, hoc est, caueat de rato. Ratio decidendi est, quia conjunctæ personæ, vt sunt parentes, liberi, fratres & affines possunt pro consanguineis & affinibus sine mandato agere & experiri. *l. sed & hæ. 35. ff. de procur.* dummodò de rato caueant, *l. non solum §. si de dote ff. de procurat.* Itaque & maritus potest sine mandato nomine vxoris agere in iudicio, quia habetur pro conjuncta persona, modò de rato caueat. *l. 2. & l. maritus 21. C. de procur.*

Sed hisce duabus legibus, scilicet *d. l. 2. & d. l. maritus*, quibus traditur iuratum posse esse procuratorem vxoris, citra mandatum, præstita satisfactione de rato, obstat. *l. vlt. C. de pact. conuent.* vbi traditur, quod maritus admittatur, vt tanquam procurator agat pro vxore, etiamsi non satisfaciat de rato, hoc est, licet non caueat, quod vxor ratum habebit, quod per eum gerendum erit. Ad hanc objectionem respondendum, quod vxor habeat triplicia bona, dotalia, paraphernalia, & receptitia. Quod ad bona dotalia attinet, in iis non solum maritus absque mandato, sed etiam sine cautione de rato agere potest, quia super proprio suo jure agit, cum sit rerum dotalium dominus, & de & eorum nomine non vxori, sed marito rei vindicatio competit. *l. de ancillam, C. de R. V.* Parapherna sunt, quæ præter dotem vxor marito confert, quorum curam & administrationem vxor marito concedit. *l. si ergo 9. §. de dotis ff. de jur. dor. l. 8. C. de pact. conuent.* Et in his bonis maritus admittitur tanquam conjuncta persona sine mandato, vt sit procurator vxoris, etiamsi non offerat cautionem de rato. Et de illis duobus bonorum generibus agit. *d. l. vlt. C. de pact. conuent.* Tertiò sunt bona vxoris receptitia,

F

quæ

quæ nec dantur marito, nec administrat ea, sed ea mulier retinet sibi peculiariter, & in hisce bonis receptitiis procedit *d. l. 2. & d. l. maritus C. de procur.* quod scilicet maritus tanquam procurator vxoris possit in his bonis agere absque mandato, dummodò præstet satisfactionem de rato. In aliis verò bonis etiam absque mandato & cautione de rato admitti debet. Ita eleganter distinguunt *Gail. lib. 1. obs. cap. 133. & Minf. cent. 3. obs. 33.* Illud tamen est observandum, quod quorumcunque bonorum instrumenta mulier marito tradiderit, per eam traditionem satis probari mandatum. Traditio enim instrumentorum ad litem pertinentium alicui à domino facta, facit eum procuratorem ad lites. *d. l. ult. C. de pact. conuent.*

Postremò notandum, quod licet maritus possit esse procurator vxoris ad litem, non tamen potest esse curator bonorum vxoris, *l. 2. C. Qui dare tut. poss. l. virum. ff. de curat. furios.* Ratio diuersitatis est, quia curatoris officium longè plenius est, & magis præjudiciale, quam procuratoris, quia curator semel datus non potest reuocari, nisi aut suspectus fiat, aut anni curæ deputati sint elapsi, vel alia similis causa interuenerit. Sed procurator potest ad arbitrium domini reuocari ante litis contestationem. *l. ante 16. ff. de procur.* Ideoque facilius admittitur, quam curator. *Sichardus ad l. 2. num. 3. C. de procur.*

ASSERTIO XXVIII.

Minor 25. annis Iurisperitus latus ex contractibus, in integrum non restituitur.

HÆc decisio hisce quatuor argumentis & rationibus comprobatur. Primò confirmatur ex eo, quod traditur in *l. 2. §. Post hos Quintus Mutius. ff. de orig. jur.* quod turpe sit IC. patritio, & nobili, & causas in foro peroranti, jus in quo versatur ignorare. Ergo Doctor juris si restitutionem peteret, quia per imprudentiam diceret se latus, turpitudinem suam allegaret.

Secundò stabilitur hæc sententia ex eo, quod causa restitutionis in integrum sit imperitia rerum, quæ minorem ætatem plerumque comitari solet. *l. 1. ff. de minor.* Hæc autem ratio cessat in jurisperito, quia cum jurisprudentia sit diuinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia, certè qui omnium humanarum atque diuinarum rerum se peritum profitetur, nulla fronte poterit rei à se gestæ imperitiam allegare. Huc accedit, quod olim non solum de jure respondebant jurisperiti: verum etiam de filia collocanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique negotio & officio consulebantur, ac si omnium rerum essent periti, ut Cicero testatur

testatur *lib. 3. de Orato.* Ridiculum autem esset illum, qui de agro emendo ab aliis consulitur, in emptione agri sui se captum esse pretendere, cum qui sibi non sapiunt, alteri viam infeliciter monstrant.

Tertio hanc sententiam conuincit *l. regula. §. si quis ff. de jur. & fact. ign.* vbi dicitur, quod juris ignorantia non prodest, si quis IC. copiam habeat, vel sua prudentia instructus sit.

Quarto eadem opinio probatur ex *l. cum de indebito. §. sin verò ab initio ff. de probat.* vbi traditur, quod is qui doctus est & industrius paterfam. non presumitur in aliquo facile errasse, maxime si forensium rerum sit peritus, quæ peritia planè in legum Doctore desideratur. Et hanc esse communem DD. sententiam, quod minor ICTus, seu Iuris doctor laus non sit restituendus in integrum, tradit *Fachin. lib. 3. contron. c. 5.* licet ipse in contrariam partem inclinet.

Obijcitur *l. 1. C. Qui & aduers. quos.* vbi dicitur, si minor 25. annis decurio ciuitatis sit creatus, quod ei nihilominus restitutio in integrum concedenda sit. Atqui decuriones cum tractent negotia Reipub. & consiliis iudiciiisque Reipub. moderandis & exercendis prælint, planè debent esse legum periti. Ideoque cum decuriones nihilominus restituantur in integrum, si lapsi sint lubrico ætatis, consequitur & juris Doctores esse in integrum restituendos. Resp. Decuriones etiam si rectè eliguntur, qui planè literarum sunt expertes, multò magis qui juris sunt imperiti *l. expertes §. G. de decurio. lib. 10.* Nam decuriones tantum consilii publici gratia crebantur, curamq; & administrationem bonorum ciuitatis habebant, non autem iudicandi munus gerebant, ac proinde legum peritia in illis non requirebatur *l. pupillus 239. §. decuriones ff. de F. S.* Quocirca à decurionibus ad Doctores juris non ducitur efficax argumentatio. Vide *Sarmien. lib. 3. select. interp. c. 12.* vbi in contrariam sententiam inclinat, quod videlicet minori 25. annis læso beneficium restitutionis in integrum non sit denegandum.

ASSERTIO XXIX.

Minor in delictis non restituitur in integrum.

RE G V L A est juris, minorem nec in criminibus, nec in delictis restitui in integrum *l. si ex causa 9. §. nunc videndum l. auxilium 37. ff. de minor.* ubi traditur, quod certi juris sit in delictis prætorem minoribus 25. annis non succurrere, ideoque cessat in integrum restitutio. *fac. l. impunitas. Cod. de pæn.* Vbi dicitur, quod impunitas delicti propter ætatem non datur, si modò in ea sit ætate, in quam crimen quod intenditur, cadere potest. Crimina vocamus atrociora delicta, quorum nomine publica iudicia exercentur, vel

extraordinaria criminalia. Delicta verò appellamus leuiora maleficia, quæ non propriè crimina dicuntur, sed maleficia, delicta, peccata, noxæ quæ differentia innuitur in *l. 1. C. Si aduers. delict.*

Objicitur huic decissioni, quod aduersus crimen incestus restitutio conceditur minori. *l. si adulterium cum incestu 38. §. 1. ff. Ad l. Iul. de adult.* Item contra SC. Libonianum conceditur restitutio minori, quod speciem falsi continet. *l. Senatus ff. Ad l. Corn. de fals.* Ad posteriorem objectionem respondetur, quod ibi concurrebant alia, nempe iustus patris, & professio ignorantia, quæ merentur restitutionem. Similiter quoque in incestu dicendum est, si per dolum admissus est, ætatem non excusare. Itaque potest dici, nullam ab hac regulâ exceptionem esse, si regula ita concipiatur: aduersus crimina dolo malo commissa restitutionem minori 25. annis non concedi, contra delicta verò per culpam commissa restitutionem indulgeri. Item à secunda regulâ casus aliqui excipiuntur. Delicta quædam incidunt in noxam, quædam non, ea incidunt in noxam, quæ ex animo committuntur. Ex animo committuntur quæ dolo committuntur, siue in contractu siue extra contractum, vt in deposito, in furto, & aliis deductis priuatis, nominatis & innominatis. Item, ex animo committuntur ea delicta, quæ ex scientia committuntur, quamuis cessante dolo, veluti si per culpam in faciendo committantur, vt accidit in actione legis Aquiliae. Illa autem omnia delicta, quæ ex animo sunt, incidunt in noxam, quæ autem in noxam incidunt, non iuuantur restitutione, vt traditur in *l. 1. C. si aduers. delict.* & *d. l. si ex causa. §. nunc videndum.* Aliæ verò sunt delicta, quæ non incidunt in noxam, ea sunt quæ extra animum committuntur, id est, ignorantia, negligentia vel desidia & aduersus huiusmodi delicta, quæ in noxam non cadunt, restitutio indulgetur text. est in *d. l. 1. C. Si aduers. delict.* cuius recta lectio est hæc: *Sed cum delictum non ex animo, sed extra venit, noxa non committitur.* Illud postremò notandum, quod licet minor 25. annis teneatur ex delicto, tamen non debet puniri pœna ordinaria, sed mitius punitur propter ætatem. *l. auxilium. 37. §. in delictis. ff. de minor.* in verbis, nisi quatenus miseratio ætatis ad mediocrem pœnam iudicem produxerit. *fac. l. fere in omnibus ff. de R. I. num. 108.*

ASSERTIO XXX.

Aduersus præscriptionem non competit maioribus 25. annis restitutio in integrum, ex causâ iustæ & probabilis ignorantia.

CONFIRMATUR hæc assertio ex *l. ult. C. de præscript. long. temp.* vbi statuitur præscriptionem tam contra scientem quam ignorantem locum

ma habere. Ergo restitutio in integrum non est concedenda aduersus præscriptionem ex causa ignorantiae. Additur enim ratio decidendi in *d. l. ult.* propter ignorantiam aduersarii vlla dubitationis inextirpabilis oritur occasio. Itaque restitutio deneganda est, ne propter ignorantiam nouae oriantur lites vel dubitationes. Eandem sententiam comprobant *l. omnes. C. de prescript. 30. an.* vbi traditur, eum qui longissimo tempore rem aliquam prescripsit, plenissima securitate esse munitum. Quod sanè verum non esset, si ex capite ignorantiae contra praescriptionem restitutio in integrum concederetur. Huc accedit & hæc ratio, quod si propter ignorantiam restitutioni locus esset, nunquam vel rarò praescriptio locum haberet, quis enim sciens periret res suas vsucapi: Tertio hanc partem firmat *l. fin. C. de fund. pactum. lib. 11. in verb.* nullam penitus actionem vel molestiam aut quamlibet inquietudinem formidare, &c.

Opponitur *l. 1. ff. Ex quib. caus. maio.* vbi dicitur maiores 25. annis in integrum restitui ex clausula, si qua iusta causa Praetori videbitur. Atqui videtur ignorantiae allegatio iusta esse causa dandae restitutionis. Resp. Praetor in edicto tantum concedit maioribus 25. annis restitutionem, qui Reipublica absentes fuerunt, & res suas vsucapi passi sunt. At verò subjecta generalis clausula, Si qua mihi iusta causa videbitur, intelligitur de aliis similibus iuris absentiae causis, puta si quis studiorum vel alterius iustae peregrinationis causa absens, aliquid per vsucapionem de rebus suis amisit, ut huic etiam de edicto succurratur *l. sed etsi 26. §. ult. & l. nec non 28. ff. ex qui. caus. maio.* nulla æquitas suadet ignorantibus concedi restitutionem contra praescriptionem, quia sic nunquam esset litium finis, & parum proderet praescriptio, cum scientes res suas ab aliis detineri, sæpius interrompant vsucapionem.

Secundo obijcitur *l. 1. §. si quis propter ff. de itin. actuque priua.* vbi qui habet seruitutem itineris, & non vsus est ea propter inundationem, ex illo capite edicti, si qua mihi iusta causa videbitur, impetrat restitutionem. Resp. Restitutio ibi ex alio capite datur, quam nomine ignorantiae, videlicet quia toto impedimento prohibitus quis est uti itinere vel actu, eo quod locus per eum actus vel iter competebat, flumine est inundatus.

Tertio aduersatur *l. vnus 34. §. ult. cum l. & Attilicinus seq. ff. de seruit. 7. prad.* vbi qui longo tempore non est vsus aquaeductu ex fonte vel flumine, ideo quia fons seu flumen ex quo aqua ducebatur, exaruit, tamen impetrata restitutione in integrum restituitur ei seruitus, si fons ad suas venas peruenit. Resp. Ibi non conceditur restitutio in integrum ex capite ignorantiae, sed quia propter iustum impedimentum vel casum fortuitum prohibitus est, suo jure uti.

Postremo obijcitur hæc ratio, quod praescriptio introducta sit odium negligentium

negligentium res suas repetere, atqui ignorans non potest dici negligens Relp. Vfuscapio non tantum odio negligentium, sed etiam bono publico introducta est, ut certa sint rerum dominia, & ne lites sint immortales *l. 1. ff. vsucap. l. ult. ff. pro suo*. Hanc sententiam quod maioribus 25. annis non detur restitutio in integrum contra prescriptionem, ex capite iustæ & probabilis ignorantie defendunt *Fachin. lib. 1. controuers. c. 69. Sarmien. lib. 2. sect. lect. interpret. c. 10. Anto. Faber in C. Fabriano ad tit. C. Si aduer. vsucap. definit. 1.* ubi tradit pro hac sententia, quod aduersus prescriptionem quadragenariam non detur restitutio in integrum, in curia Ducis Sabaudie esse pronuntiatum. Contrariam sententiam sequuntur *Accurs. in. l. si sic. ff. Quemad. seruit. amit. Bart. in. l. 1. §. si quis propter ff. de itin. actaque priuat. Castrens. ad. d. l. & Attilicinus. Cepol. c. 24. de seruit. vrba. Matth. de afflict. decis. Neap. 37. & 329. Cacheran. decis. Pedemont. 69. num. 16. VVesenb. in paratit. ad tit. de vsucap. nu. 14. Gail. 2. Obser. c. 19. nu. penul. & ult. & Obser. 105. Vfillus in §. rursus. nu. 57. Inst. de act. Quorum sententia est, quod restitutio in integrum contra vsucapionem seu prescriptionem 30. vel 40. annorum detur ex capite iustæ ignorantie, intra quadriennium à tempore scientie computandum. *VVesenb. d. loco. Vide aliter VVesenb. de hac questione distinguentem ad tit. Exqu. cau. maio. nu. 10. in paratit. ff.**

ASSERTIO XXXI.

Licetum est Christianis exercere iudicia.

IUDICIORVM & actionum forensium auctoritas ideò publicè constituta & introducta est, ut quisque per viam juris, legitimis actionibus & remediis, suum jus ac sibi debitum consequatur, & ne cuiquam jus atque fas sit rei suæ consequendæ gratiâ, per vim atque injuriam, sibi aditum ad vindictam munire, *l. nemo exterius C. de Iudæ.* Porro iudicia & actiones exercere & legitimis discepcionibus forensibus jus suum consequi, cuique Christiano licetum & permissum est. Semper enim in omnibus benè constitutis Rebus publicis in summo pretio & dignitate habita sunt iudicia: utpote per quæ quilibet recto & legitimo ordine res suas & sibi debitas tum consequi posset, tum res sibi legitime acquisitas defendere & tueri.

Verum hic occurrunt nobis Fanatici quidam spiritus, Anabaptistæ scilicet, qui planè omnia iudicia & magistratus damnant, & fas esse negant jure diuino Christiano homini iudicia exercere, & de jure suo in foro litigare. Pro sententia suæ confirmatione citant locum ex Paulo. *1. ad Corinth. c. 6.* ubi inquit.

inquit. Iam igitur omninò impotentia in vobis est, quod iudicia, id est, controuersias in foro disceptandas habetis inter vos: vbi videtur omninò Apostolus iudicia & definitiones controuersiarum forensium inter Christianos tollere & abrogare. Resp. Paulus non sustulit prorsus omnia iudicia, sed tantum ea, quæ exercebantur apud tribunalia iudicum & magistratum Ethnicorum & infidelium: non enim fieri poterat, vt coram infidelibus iudicibus contenderent fideles, quin variis calumniis essent obnoxii. Si instare posset aliquis: Imò videtur Apostolus in totum iudicia & disputationes forenses damnare, dum inquit, Cur non potius injuriam accipis: cur non potius damnum patimini, quam scilicet iudicio contendatis? Resp. Id Paulus idcirco dicit, quod rarò soleant homines animo tranquillum & acerbitas inimicitiarum deponenda est. Nam alioqui litigare licet, satis apparet ex ipso Paulo prædicto loco cap. 6. vbi monet tenuiores homines in Ecclesia esse diligendos, qui cognoscant & dijudicent fratrum eorum causas & lites. Quinimò & idem Apostolus suo exemplo hoc confirmauit, quando ad Romani Imperatoris iudicium & tribunal prouocauit. *1 Cor. 25. vers. 10. & 11.* inquit. Ad tribunal Cæsaris sto, vbi me oportet iudicari. item *vers. 11.* Cæsarem appello. Quibus verbis satis superque docet, iudicio præesse, atque in iudiciis litigare, seque contra accusatores & aduersarios defendere, nequaquam illicitum, aut jure diuino prohibitum esse. Ita respondet *Mart. in loc. com. Theolog. class. 4. cap. 16. num. 18. Beza in confess. cap. 5. de Ecclesia artic. 32.*

Secundo objicitur locus *Matth. 7. vers. 1.* Nolite iudicare, & non iudicamini. Resp. Christus loquitur ibi de priuato iudicio, quod odio, ira, & cupiditate vindictæ exercemus, non de publico & legitimo iudicio, vel politico magistratus officio, Hoc enim fit mandato DEI, illud vero sine mandato DEI, nec sanandi gratia, sed vlciscendi studio. Iudicare igitur eo loco dicitur, cum aliorum vitam & doctrinam injustè & calumniosè reprehendimus. Similiter non obstant hæc loca *Matth. 5.* Esto amicus aduersario tuo, & *Luce 6. vers. 29.* Et ab eo qui tollit tibi pallium, etiamunicam ne prohibeto. & *Matth. 5. vers. 40.* Et ei qui vult tecum iudicio contendere, acunicam tuam capere, dimitte ei & pallium. Nam his locis Seruator noster calumniosam proximi molestationem, & priuatam tantum vindictam proloquitur. At vero magistratus cognitionem & potestatem quam ipse dedit & confirmauit, non tollit, aut eleuat. Ita pulchrè respondet *Olden. in Libel. de formula inuestig. actio. cap. Quatenus hodie vetus actionum sollemnitas sit sublata.*

ASSERTIO

ASSERTIO XXXII.

Cæcus iudex dari potest.

CÆCUS iudicis officio fungi potest. tex. est in *l. cæcus ff. de iudic.* Ratio est, quia cæcus iudicio & prudentia non caret, ut furiosus & impubes qui ideò remouentur à munere iudicandi, *l. cum prætor. 12. §. 2. ff. de iudic.* Porro hanc decisionem ita Accursius accipit, quod cæcus iudex esse potest, modò ante cæcitatem iudex datus sit. Si verò antequam iudex demum cæcus fuerit, non potest iudex constitui. Quæ sententia rectè notatur à *Duaren. lib. 1. disputat. cap. 24.* Nam & cæcus indistinctè iudex esse potest, sit ante inunctum munus iudicandi, siue post cæcus fuerit factus. Ratio est quia iudicio non caret, ut cæteri, qui à iudicandi munere arcentur. Iustum enim ab injusto, æquum ab iniquo rectè discernere potest, imò vi iudicis cæci præpollent reliquis, quia objecta non perturbant sensus oculorum.

Sed obijcitur *l. 1. §. casum. ff. de postulando.* ubi dicitur cæcum quidem acceptum magistratum retinere, sed ad nouum adspirare non posse. Resp. Distinguendum est inter magistratum & iudicem datum. Iudex cæcus dari potest, quia in eo nihil præter iudicium, prudentiam, vel doctrinam & virtutem requirimus. In magistratu deligendo, præter hæc omnia decoris & splendoris publici habenda est ratio. *l. rescripto. ff. de muner. & honor.* qui in cæco non existit. Ideoque cæcus ad nouum magistratum non admittitur, ne maiestas quæ in magistratu relucet, vilescat.

Secundò aduersatur, quod multa per iudicem fieri debent, quæ à cæco iudice rectè expediri non possunt. Sic enim iudex cæcus non potest ex scripto sententiam recitare, quod tamen omnino ad validitatem sententiæ requiritur, *l. 1. & ult. C. de sentent. ex breuic. rec.* Similiter quoties de finibus agrorum controuersia mouetur, iudex ipse in rem præsentem venire, & loca oculis subicere debet, quæ omnia à cæco nullo modo perfici & exequi possunt *l. si irruptione, 8. §. 1. ff. Fin. regund.* Resp. Hæc omnia commodè iudex per alios, puta adseffores iudicii, agrimensores, item per Notarium causarum expedire & absoluere poterit. Hanc sententiam tuentur *Hotoman. in illustr. quæst. 28. Duarenus d. loco.* Dissentit *Robert. lib. 3. sententiarum c. 23.* Huc non incommodè referri potest exemplum *L. Torquati*, de quo ita scriptum reliquit *Bodin. lib. 4. de Repub. c. 4. in fine.* Cum *L. Torquato Populus Romanus* tertium consulatum detulisset, valetudinem oculorum excelsauit, quod indignum duceret, ei fortunas ciuium ac *Repub.* committi, quæ alienis oculis uti cogeretur. Quem tamen nihil prohibebat acie ingenij omnia prospicere, optimèque ciuitati consulere.

ASSE-

De quibus mandata est jurisdictio, judicem dare possunt.

GENERALITER & aperte definit Paulus in *l. cum prator. 12. §. 1. ff. de judic.* Eum cui mandata est jurisdictio, judicem dare posse, ubi quod dicitur, ut sunt legati proconsulum, exempli causâ adjectum censetur, ut nihilominus etiam in aliis mandatarum jurisdictionem habentibus id obtineat. Exempla enim, ut bene vulgò dicitur, non stringunt sed declarant regulam *l. 1. §. quod vulgò. ff. de & vi. vi. ar.* Nam sic quoque procuratori Cæsaris pro praesidis agenti, id est, mandata ei à praeside jurisdictione, permittitur judicem dare inter priuatas personas, inter quas alioqui jurisdictionem non habet *l. 1. C. de ped. jud.*

Obstare videtur huic decisioni *l. ult. ff. de offic. ejus cui &c.* ubi traditur eum cui mandata est jurisdictio, alteri eam mandare non posse. Quibus verò censent Accurs. aliique interpretes hoc significari, nec eum qui mandatarum habet jurisdictionem, causam judici dato delegare posse. Resp. Longè verba sunt hæc, mandare jurisdictionem, & judicem dare. Mandare jurisdictionem, est quidem judicem dare, sed cum imperio & potestate judicandi sequendi: id enim significat jurisdictio. Judicem dare, est simpliciter judicem dare qui judicet, sed sine jurisdictione & imperio, & sine exequendi potestate. Qui mandatarum habet jurisdictionem, idè eam alteri mandare non potest, quia habet alienam, non suam, tantumque ei exercitio commissa est, quia est personalis, nec personam egreditur. At idè judicem dare potest, quia nihilominus in eâ causâ jurisdictionem retinet. Sententia enim à iudice dato lata, hanc exequetur is, qui eum dedit, ut fieret, si judicem dedisset se magistratus. *l. à D. Pio. 15. §. 1. ff. de re jud.*

Grauius obstat *l. eum qui 13. ff. de jurisdictis.* ubi statuitur, eum qui judicare jubet, magistratum esse oportet. Quod tantundem valet, ut non alius possit jubere judicare, seu judicem dare, quam qui est magistratus. Atqui cui mandata est jurisdictio, non est magistratus, quia non habet jurisdictionem à jure, ideoque is cui mandata est jurisdictio, judicem dare non potest. Resp. Per hoc quod dicitur, eum qui judicare jubet, magistratum esse oportere, non excluditur is, cui mandata est jurisdictio, quoniam is vice magistratus fungitur, ejusque imperio & potestate utitur. *l. 3. ff. de offic. ejus cui &c. soler. 16. ff. de jurisd.* Nec mouere debet quenquam, quod is cui mandata est jurisdictio, non sit magistratus. Sanè enim quoad honorem & proprietatem jurisdictionis non est magistratus. At verò exercitatione & usu imperii

G est ma-

est magistratus, aut certè pro magistratu habendus, dum vice & partibus ejus fungitur, & eodem est imperio.

ASSERTIO XXXIV.

*Legitima liberorum originem à jure gentium traxit,
modum & quantitatem à jure ciuili habet.*

QUOD legitima portio debita liberis ex bonis parentum, sit juris naturalis, probant *l. cum ratio ff. de bon. dam. Auth. hoc amplius C. de fideicom. §. 1. Nouel. de hered. & falid. §. 1. Nouel. 18. de tri. & semis.* Confirmatur & hac ratione, quia legitima portio suffecta est in locum alimentorum *d. Nouel. 18. §. prohibemus. l. quisquis §. ad filias C. ad l. Iul. majest.* Sed alimenta jure naturali debentur. *l. si quis à liberis ff. de agnosc. lib.* Igitur & legitima portio est juris naturalis. Quod ita intelligendum est, quod originem quidem habet legitima à jure naturali, quia naturalis ratio omnibus hominibus innata suadet, vt sicut parentes liberos educare tenentur, ita & bona liberis post mortem relinquere, vt honestè alantur. Verum quantitas & modus legitimæ, quod certa scilicet portio pro legitima debeatur liberis, hoc jure ciuili introductum est, puta, vt si quatuor sint liberi vel pauciores, triens debeatur pro modo legitimæ: si verò plures sint, semis in legitimam detur *Nouel. 18. §. 1. Auth. nouissima. C. de inoff. testam.* Quod hoc vulgato versiculo expressit Accursius. Quatuor aut infra dant natis jura trientem. Semissem verò dant natis quinque, vel vltra.

Opponitur primò, quod successiones intestati sunt juris ciuilis. *can. ult. dist. 1. §. in testatorum Inst. de hered. quæ ab intest. l. lege 12. tab. C. de legit. hered.* At portio legitima est pars successionis ab intestato. *l. Papinianus, §. si quis mortis. ff. de inoff. testam. l. parentibus C. eo.* Ergo legitima portio est juris ciuilis. Resp. Legitima portio est pars bonorum, illiusve successionis, quæ jura non continet. *d. l. Papinianus, §. quarta*, quæ est juris naturalis vel gentium *l. ult. C. Quo bon.* non etiam hæreditariæ successionis, quæ commoda & incommoda continet, quæ est juris ciuilis.

Secundò opponitur, quod jusjurandum contra jus naturale præstitum non est seruandum *c. si quis c. inter cætera & c. ult. 22. 44.* At jusjurandum quo filia renunciat legitimæ portioni valet *c. quamuis 10. de pact.* Ergo legitima portio jure naturali non debetur. Resp. Cum dos legitimæ portionis locum obtineat *l. quoniam nouella C. de inoff. test.* manifestum est, filiam in *d. cap. quamuis*, quæ dote accepta renunciarit hæreditati paternæ, legitimam portionem accepisse, licet fortè minorem, quam lex ciuilis statuit.

Tertiò

Tertiò obijcitur. Legitima portio civili exhæredatione tollitur §. *aliud. §. causas. Nouel. 115.* Ergo est juris civilis. Resp. Naturali ratione & jure filius ingratus legitimâ priuatur. Ingrati enim crimen efficit, vt non tantum filius, sed etiam paternis bonis indignus filius censeatur. Ita eleganter scribit *Grib. lib. 1. quest. jur. cap. 15.* Quam sententiam communiter approbat DD. referente *Gail. lib. 2. obser. c. 122. num. 7.*

ASSERTIO XXXV.

Legitima relinquenda est liberis titulo institutionis, non legati, fideicommissi, aut donationis titulo.

CONFIRMATVR hæc decisio clavis & expressis textibus in §. *adhuc aliud capitulum, & §. hæc autem disposuimus Nouel. 115.* Vt cum de app. cogn. vbi Imper. disertè & rotundè statuit, quod parentes non possint heredes ex hæredare aut silentio præterire, nisi sint ingrati, sed debent eos in legitimâ instituere, neque sufficit vt inquit Imp. in d. §. *ad hæc* id, etiam si parentes ipsis per quamlibet donationem, legatum aut fideicommissum, aut alium quemcunque modum debitam portionem legibus contulerint. Non sufficit ergo ad validitatem testamenti, si legitima liberis, titulo legati, vel donationis causâ mortis, aut alio quolibet singulari titulo relicta, sed necessarium est titulo institutionis legitimam relinquere. Cujus ratio est duplex, prima quia longè vtilius est liberis, titulo institutionis, quam alio singulari titulo hæreditatem paternam consequi. Si enim filius hæres institutus in legitimâ alios habeat cohæredes, illis nolentibus adire, vel morientibus ante aditam hæreditatem, tota successio & hæreditas jure accrescendi filio accedet *l. vnic. C. quan. non peten. part. peten. act. ff. Altera ratio est, quod hæredis nomen multo est honestius quam legatarii, & pleniori jure & honore hæreditates, quam legata tribuuntur. l. 5. §. si portio. ff. de legat. præst. & ignominiosum est filium paternâ hereditate carere. Obijcitur primo quod institutus in re certa est loco legatarii. Quoties 13. C. de hered. inst. Ergo & filius institutus in re certa seu legitima, loco legatarii, quia legitima semper res certa est, siue quoad quodam leuus definitam, siue quoad affirmationem, quoniam ea non hereditatis quod est, sed bonorum. cum non ponatur eius ratio, nisi deducto a re alieno *l. 8. quarta. ff. inoff.* Resp. Filius institutus in re certa non est propriè heres, nec propriè legatarius, sed tertiam quandam speciem constituit, quæ in aliquibus legatarii, in quibusdam hereditatis naturam imitatur. Nam quatenus non actibus hereditariis, nec illis cõuenitur, legatarii naturam participat. Caterum heredis loco est, quia institutus in legitima vel parte ejus, non*

impugnat testamentum per querelam inofficiosi, & jus accrescendi habet, deficiente vel non adeunte coherede. *Arg. l. 1. §. si ex fundo. ff. de her. instit.* Facit etiam pro confirmatione huius sententiæ, quod legitima titulo institutionis sit relinquenda liberis, quia petitur legitima actione familiæ eriscundæ à liberis, *l. 2. C. de inoffic. donat.* quæ actio non aliis competit, quam universalibus successoribus, qui titulo hæreditatis ad successionem vocantur *l. 2. §. 1. & 2. ff. Fam. erisc.*

Secundò obijcitur huic decisioni *§. ult. Instit. de inoff. test. aurb. nouissima. cum l. omnimodò §. & hoc quidem, l. si quando, §. ult. C. de inoff. test.* ubi traditur, sufficere legitimam liberis relinqui, quocunque relictæ titulo. *Resp.* Istæ leges & constitutiones omnes loquuntur, secundum dispositionem juris veteris, quo jure sufficiebat ad excludendam querelam inofficiosi, quocunque titulo vel hæreditario vel legati vel fideicommissi legitimam liberis relinquare. Sed hoc per postremam Iustiniani nouellam constitutionem correctum est, & statutum jure nouissimo, vt testamentum patris non valeat, nisi titulo institutionis legitima liberis à parentibus relinquatur *d. §. adhuc aliud.*

Tertio oppono, quod imperfectum testamentum patris valet inter liberos. *l. 21. §. ex imperfecto. C. de testa.* Ergo necesse non est adhibere hanc solennitatem in testamento patris, vt legitima institutionis titulo liberis relinquatur. *Resp.* Valet testamentum imperfectum inter liberos, quod destitutum est numero solenni septem testium, item subscriptione & sigillis testium, & aliis id genus solennibus. Non tamen valet, si careat institutione filiorum, quia hæc est substantialis pars, imò caput & fundamentum totius testamenti, heredis scilicet institutio. *§. ante heredis. Inst. de Legat.* Vnde ex dicta No. 115. hoc testamentum patris, in quo legitima liberis institutionis titulo non est relictæ, rescindi poterit. Hæc est communis DD. opinio, à qua in iudicando & consulendo non est recedendum, quod scilicet in testamento inter liberos condito, pater debet liberis relinquare legitimam titulo institutionis. Ita notet *Iul. Clarus* nunquam satis laudatus *ICtus in recept. sententiæ. in §. testamentum. quæst. 8.* Hæc quoque sententia in curia Hollandiæ iudicando approbata est in lite pendente inter tutores *Eux Friderici, & Iohannem Thomæ ab Abbekerck,* vt relatum extat in decisionibus curiæ Hollandiæ. decision. 17. Anno 1583. 9. Ianuarij. Plane non est necesse, vt parentes integram legitimam liberis titulo institutionis relinquunt, sed sufficit, vt in quantacunq; portione hæreditatis eos instituant: per hoc enim querela inofficiosi excludetur, & competet liberis tantum actio ad supplementum legitimæ. *d. nouel. 115. §. hæc autem disposuimus. l. omnimodò C. de in off. test.* Quæ actio ad supplementum legitimæ eò differt

ut à querela inofficiosi, quod perpetua sit, & triginta annos duret, neque in quinquennio finiatur, ut querela inofficiosi *l. scimus. §. illud. C. de inofficiosi. test.* Ita communiter DD. placuit contra *Bart. in l. si quis filium 34. C. eod. ferente VVesemb. in §. tam autem. nu. 8. Inst. de inoff. test.* Hæc sententia, quod ad hoc ut valeat testamentum patris inter liberos, requiratur, ut legitima liberis titulo institutionis relinquatur, communiter à DD. recepta est, approbata. Ita notant *Fachin. lib. 4. controuers. cap. 24. & lib. 12. controuer. c. Vigl. ad §. ult. Inst. de inof. test. And. Gail. lib. 2. Obs. c. 112. nu. 10.* ubi notat hanc esse communem DD. opinionem contra Iasonem, quod scilicet filius debet necessario institui in legitima: alias non valet testamentum patris, quæ sententia notat non esse recedendum, nec in iudicando, nec in confutando. Idem affirmat *Anto. Tressaurus decis. Pedemontana 58.* ubi dicit hanc communem DD. sententiam, ubique terrarum esse receptissimam, uti notat *Abder. in error. Pragmat. decade 14. erro. 6.* ubi tamen ille in diuersam sententiam discedit, & statuit, quouis titulo liberis legitimam relinqui posse. Dissentit *Vaudus lib. 1. quæst. 5. Faber in error. Pragmat. decade 14. errore. 6.*

ASSERTIO XXXVI.

Legitima parentum non est aucta, ut liberorum.

ILLIORVM legitima, quæ olim jure veteri fuit quadrans, ex postremo jure Nouellarum aucta est ad trientem, si quatuor sint liberi, vel si plures, si semissem. Sed quæritur, an & legitima portio parentum eodem modo sit aucta. Et quidem Accurs. cæterique DD. in *Auth. nouissima C. de inoff. test.* in pari modo, sicut in liberis auctam esse affirmant. Verum contraria sententia mihi probabilior & tutior esse videtur. Quæ sententia satis aperte probatur ex *§. 1. Nouel. de trien. & semiss.* Vbi Imp. hanc causam noui juris introducendi proponit, quod scilicet ideò auxerit portiones hereditarias filiorum, ne ex partium hereditariarum immutatione liberi summam pauperiem & inopiam vereantur. Præterea subjungit Imp. fore admodum iniustum & inhumanum, si prædiues aliquis pater relinquat decem fortè liberos, eos non plus percipere, quam si duo vel unus tantum relictus esset: ex quo verendum esset, ne magnâ inopiâ & fame liberi premerentur. Hæc cautela, quæ fecit nouæ constitutioni locum, non potest in parentibus euenire, quia illi tanto numero, quatuor scilicet vel sex, liberis rarò aut nunquam superstitibus esse possunt.

Sed objicitur *§. hoc obseruando. d. Nouel. 18.* ubi statuit Imp. quod omnium liberorum portio aucta est, quibus antiquæ quartæ ratio de inofficioso querelam

suggerebat. Resp. Hoc non ita accipiendum est, vt ad parentes sit referendum, sed ad filios, nepotes, & sic deinceps liberos inferioris gradus. Item ad liberos naturales, si de successione matris agatur, nam & de inofficioso testamento matris spurii quoque liberi dicere possunt, *l. si suspecta. 29. §. de inofficioso ff. de inoff. test. §. non licebit. d. nouel. 18.* Hanc sententiam comprobatur & ipsa inscriptio tituli in *Nov. 18.* quae ita concepta est, de filiorum & nepotum, item de naturalium liberorum successione, de parentibus verò nihil adjicit. Probat hanc decisionem *Vaudus. lib. 1. quest. c. 50.* Dissentit etiam ab hac opinione *Fachinaus libro 4. controuer. iuris. c. 28. & Guiat. in expositione Nouella 18. in princ.* qui statuunt, non solum in parentibus, sed etiam in fratribus auctam esse legitimam vsque ad trientem: idque statuunt moti argumento ducto ex *§. 1. de No. 18. in fine.* vbi dicitur. Hoc eodem scilicet augmento obtinente. in omnibus omnino personis, quibus olim quadrantis nomine de inofficioso querela legibus attributa fuit, Denique notandum quod in praxi & vsu forensi receptum sit, quod legitima partis fratrum & sororum aucta, non sit à Iustiniano. Ita decisum extat in SCto Neapolitano: attestante *Afflicto in decisionibus Neapolitanis. c. 204.*

ASSERTIO XXXVII.

Petitio hereditatis non datur contra titulo possidentem.

PROBATVR hæc sententia apertis & euidentibus textibus in *l. 2. l. hereditas 7. C. de pet. heredit.* textus rotundus in *l. hereditatem 4. C. In qui. caus. cess. long. temp. praescript. l. sed etsi 25. §. item si rem ff. de pet. hered.* vbi dicitur emptores rerum hereditariarum, & alios qui speciali titulo res hereditarias compararunt, conueniendos esse rei vindicatione, non petitione hereditatis. Ratio assertionis hæc est. Proprium petitionis hereditatis officium est, de jure hereditario succedendi in bona defuncti contendere. Possessor autem qui allegat titulum specialem, non contradicit aduersario se heredem asserenti, neque controuersiam hereditatis ei facit, sed mouet illi contentionem dominii, negatque aduersarium esse dominum. Itaque in hoc casu frustra instituitur petitio hereditatis, quia in eâ non agitur ad dominium, sed tantum ad jus hereditarium. Quare contra eos qui titulo speciali possident, intentanda est rei vindicatio, in qua de dominio controuertitur. *d. l. hereditatem 4. l. heredes 25. §. quod pro emptore. ff. fam. ercisc. VVesenb. in parat. ff. de pet. hered. l. num. 10. in fin. Oldendorp. classe. 5. act. 5.*

Primò obijcitur huic decisioni *l. nec vllam 13. §. quid si quis. ff. de pet. hered.*

vbi

si dicitur, quod utilis petitio hereditatis intentari possit contra emptorem hereditatis. Resp. Duo tantum casus speciales ibi proponuntur, in quibus emptor hereditatis conuenitur utili petitione hereditatis. Primus est, cum in extat venditor hereditatis ut cum eo agi possit, tunc enim deficiente venditore, in subsidium datur in emptorem, quasi in heredem ejus. petitio hereditatis. Secundus casus est, si modico pretio hereditas vendita est, tunc enim non expedit agere contra venditorem, ad emptorem manus porrigi debent.

Secundò opponitur, quod petitio hereditatis intentatur contra eos, qui pro herede, vel pro possessore possident. *l. regulariter & l. sequent. ff. de pet. hered.* Atqui titulus pro herede & pro possessore sunt iusti & legitimi tituli, quia usucapionem complendam profunt possessori. *toto tit. ff. & C. de usucap. pro herede.* Resp. Titulus pro herede bifariam accipitur in jure. Primò quoteis tractatur materia petendæ hereditatis, quam falsa opinione aliquis putans heredem, possidet, toties oportet ea verba, *pro herede*, accipere non pro vero titulo. sed pro erronea quadam existimatione & putatiuo titulo *l. pro herede 11. in ll. seq. ff. de petit. hered.* Nam si reuera esset hæres, nunquam daretur contra eum petitio hereditatis. Vbi verò non tractatur controuersia juris hereditarii inter duos, sed disceptatur de re aliqua, cujus dominium præendit possessor, quia dicit se per hereditariam successionem acquisuisse, ista verba *pro herede*, intelligenda sunt pro vero & iusto titulo, propter quem competit usucapio. *l. cogi C. de petit. hered. l. 1. C. Si quis ignor. rem mino. sine decr. alie.* Ita declarat *Anton. Gomel. in comment. ad L. Tauri. l. 45. n. 161.*

Tertio objicitur *l. nec ullam 13. §. si quis sciens. ff. de pet. hered. & l. 2. C. comm.* ubi emptor hereditatis, qui sciens emit alienam hereditatem, utili petitione hereditatis tenetur. Resp. Hic emit mala fide hereditatem, vel quoniam hereditatis partem, quia emit post motam litem vel controuersiam de hereditate, post quam controuersiam motam omnes incipiunt esse malæ fidei possessores *l. sed etsi 25. §. si ante ff. de pet. hered.* Ideoque talis emptor merito tenetur petitione hereditatis, quia iniustus & inutilis titulus pro nullo habetur.

ASSERTIO XXXVIII.

Nullum est directum dominium, nullum utile.

INTERPRETES duplex statuunt dominum, aliud directum, aliud utile. Directum dominium vocant id, quod & principale & superius appellatur, quod habet is, qui plenus & superior est dominus, quale habet dominus feudi

feudi & emphyteuscos. Utile dominium dicitur, quod est inferius, cum proprietas penes alium est, quale habent vasallus, emphyteuta, & superficiarius. Ita tradunt *Minsf. ad rubr. tit. Inst. de rerum diuis.* *Costal. ad l. 1. ff. Si ag. vectig.* Verum hæc vocabula sunt interpretum & Magistrorum juris, non verò in ipso jure & legibus tradita extant. Ideoque cum *Duare. lib. 1. disput. c. 17. & Cujac. lib. 11. observat. c. 35.* statuendum magis ex errore, quam veritate legum hanc distinctionem à DD. introductam, quod aliud sit dominium directum aliud utile. Nam vnum tantum & simplex est dominium, quod nihil aliud est, quam proprietas rei *l. 11. §. 3. ff. de except. rei jud.* Cum autem duo non possint esse in solidum ejusdem rei domini, ex eo sequitur, quod neque duplex possit esse penes duos ejusdem rei dominium. Sicut enim possessio non admittit consortem in solidum, ita nec dominium *l. si ut certo, §. si duobus ff. Commodati.*

Contra hanc decisionem tale adfertur argumentum. Actio in rem nulli competit, nisi ei qui jure gentium aut jure civili dominium rei acquisivit. *l. in rem 23. ff. de rei vend.* Sed actio in rem datur emphyteutæ, vasallo, superficiario, aliisque similibus *l. tutor. 16. §. fin. ff. de pig. act. l. si finita. §. si de vectigalibus ff. de dum. infect.* ubi IC. Vlpianus vectigalem seu emphyteuticariam actionem utilem vendicationem appellat. Similiter in *l. in speciali. 73. cum l. seq. ff. de rei vend.* traditur, quod superficiario Prætor causa cognita actionem in rem pollicetur. Denique vasallus potest tanquam dominus feudum à quocunque possidente petere, ac quasi vindicare *c. 1. §. rei autem. de inuest. de alie. fact.* Ergo hi omnes sunt utiles saltem domini. Resp. Datur his utilis in rem actio, non respectu utilis domini, sed respectu effectus, quia scilicet habent jus proximum dominio, pro quo jure asserendo ad exemplum dominorum illis in rem actio accommodatur, ne scilicet jure suo alioqui plane frustrantur & priuentur. Itaque hoc intuitu potest dici aliud esse plenum, aliud minus plenum dominium, ab accidenti quia scilicet emphyteuta, vasallus, superficiarius tale jus habent, quo omnem usum & commoditatem rei percipiant, sed propterea dominium in species duas, directum & utile ab accidentibus diuidi non potest, quia accidentia non constituunt diuersas species. Hanc sententiam, quod scilicet non sit aliud directum, aliud utile dominium, sed quod utilis in rem actio aliquibus detur, qui jus habent proximum dominio, puta emphyteutæ, superficiario & vasallo, plene & solide tradunt & confirmant *Faber. lib. 20. Coniectur. Jur. c. xi. Ludouicus Maynus libro 1. actionum. cap. vi. Cuiat. in parat. C. de nudo iure Quirit. toll. Oldend. clas. 3. act. 2. Vulte. in discept. scholast. c. 19. Costal. ad l. 1. ff. Si ager. vect.* ubi notat, quod hæc vocabula directum & utile dominium, sint magistrorum & interpretum, non juris.

ASSERTIO

ASSERTIO XXXIX.

Malæ fidei possessor necessarias impensas repetit.

POSSESSOR malæ fidei sumtus necessarios in rem alienam factos repetere potest. text. sunt in *l. domum C. de rei vendic.* & *l. planè 38. ff. de pet. ed.* Verum huic decisioni grauitèr aduersatur *l. 1. C. de infan. expo.* vbi pueri traditur, malæ fidei possessorem, impensas alimentorum, quæ necessariæ sunt, cum sine iis quis viuere non possit *l. necare ff. de lib. agnos.* repetere non posse, nec etiam per retentionem rei retinere. Ita enim ibi scribitur. Si puerito vel ignorante te partus ancillæ expositus sit, repetere eum non prohibetur, sed restitutio ejus, si non à fure vindicaueris, ita fiet, ut si qua in alendo, vel forte ad artificium discendum justè consumpta fuerint, restituas. Ibi etiam statuitur furem sumtus in alendo puero expositos, qui necessarii sunt, repetere non posse.

Accursius respondet aliud in fure quam in malæ fidei possessore statutum esse, quod scilicet fur non repetat necessarias impensas, sed tamen alius malæ fidei possessor eas deducat. Resp. Hæc solutio non subsistit, nam & prædator necessarios sumtus repetit. *l. planè 38. ff. de petit. hered.*

Verior itaque & probabilior hæc solutio retinenda est, quod scilicet ideo fur non repetat sumtus collatos in alimenta pueri à se furto subtrahiti, qui apud eum adoleuit, quia tam pueri, quam adolescentis fur tum fecit: unde propter continuationem furti tenetur ad pœnam dupli, habita scilicet æstimatione non pueri, sed adolescentis, quanti vnquam apud eum plurimi fuit. text. sunt in *l. inficiando 67. §. infans ff. de furt. l. ex argento 13. ff. de cond. furt.* inquit Paulus, si infans subreptus adoleuerit, æstimatio fit adolescentis, quomuis sumtibus & curâ furis creuerit. Cum itaque fur, qui infantem subripuit, ex eo grauis obligetur, quod is tamdiu apud eum furto detentus est donec adoleuerit, iniquum & inciuile est eum repetere sumtus alimentorum, propter quos adolescens factus est. Si enim eos sumtus repeteret, non teneretur, quanti plurimi apud eum vnquam seruus fuisset. Nec verò potest quis ex eâ causâ aliquam actionem consequi, ob quam ille alteri obligetur *l. siue hereditaria 22. ff. de neg. gest.* Ita eleganter hanc antinomiali soluit Fachin. lib. 1. contro. cap. 54. Aliter respondet Sarmien. lib. 1. select. in. c. 10. Aliter quoque Menoch. lib. 2. arb. iud. cent. 3. quest. 58. qui dicitur furem à malæ fidei possessore, quod hic deducit necessarias impensas, non item. Ratio differentiarum inter furem, & malæ fidei possessorem qui sine culpa occupauit, est, quod maius delictum est furis, quam malæ fidei possessoris,

H

quod

quod indicat grauior pœna furi, quam illi malæ fidei possessori indicta. Nam fur aliquando ad duplum, quandoque ad quadruplum tenetur. §. *sed furti*. *Inst. de act.* malæ fidei verò possessor tantum ad ipsius rei restitutionem.

ASSERTIO XL.

Vnusquisque rerum suarum dominus est, etiam abutendo.

GENERALIS & vulgata juris regula est, quod unusquisque dominus rei suæ moderator est & arbiter *l. in re mandata. C. mandat.* Quæ regula adeò obtinet, vt liceat cuilibet etiam priuato viro & ciui rebus suis & fortunis abuti, vt puta dilapidando, vel bona sua superflue & laute consumendo & perdendo. tex. est in *l. sed etsi 25. §. consuluit. ff. de petit. hered.*

Sed obijcitur huic vulgatæ & receptæ juris regulæ, quod dici solet, 'interest Reipub. ne quis re sua malè vtatur. §. *penult. inst. de his qui sui vel alie. jur. sunt.* Item quod dicitur priuatorum hominum actionibus & negotiis jus publicum lædi non posse. *l. jus publicum, cum similibus. ff. de pact.* Hoc argumentum ita dissoluendum est. Quædam sunt, quæ directò & principaliter publicum fauorem respiciunt, & hæc contrariis hominum actionibus tolli non possunt. Sic lex Iulia prohibet, ne liceat marito fundum dotalem alienare, ne quidem vxore volente: huic legi (quia præcipue fauorem Reipub. respicit, quia interest Reipub. fœminas esse dotatas ad sobolem procreandam, replendamque liberis ciuitatem, *l. 1. ff. Solut. matr.*) contraria coniugum pactioe derogari non potest. Si tamen huic conuentioni, qua conceditur marito fundum dotalem alienare, accedat iuramentum, seruandum est pactum. *c. cum contingat. ex. de iure iur.* Alia sunt quæ principaliter fauore priuatorum sunt introducta, sed in consequentiam concernunt commodum publicum, & hæc contraria hominum pactioe tolli possunt *l. penult. C. de pact.* Sic in nostro casu, vt quis re sua non abutatur, expedit quidem Reipub. ceterum in quandam consequentiam, & secundariò, quia interest Reipub. subditos habere locupletes, §. *cogitatio. Nouel. Vt iud. sine quoquo suffrag. fiant.* Singulorum enim facultates & copix, diuitix sunt ciuitatis, vt ait Cicero *3. offic.* Simile est illud Vlpiani in *l. seruum §. publicè. ff. de procurat.* Publicum vtile est, absentes à quibuscunque defendi, interest scilicet Reipub. secundario, & in consequentiam quandam.

ASSERTIO

ASSERTIO XLI.

Emphyteusi per mortem emphyteutæ, ipsiusque liberorum reuolutâ ad dominum, non tenetur eam dominus proximiori agnato concedere.

QUÆRITVR si emphyteusis reuoluta sit per mortem emphyteutæ ipsiusque liberorum ad dominum, possetne is cogi eam restituere proximiori agnato. Sed verior est & probabilior sententia, dominum ad hoc non teneri. Quæ opinio probatur hoc modo. Res in emphyteusi concessa, que ad certam generationem, extincta ea generatione ad dominum redit. Ergo dominus potest eam retinere, vel cui mauult concedere, est enim quisque suæ rei moderator & arbiter. *l. in re mandata. C. mandati.*

Objicitur primò huic decisioni *l. 1. §. permittitur ff. de aqu. quot. & est.* iudicatur, quod quando aquæductus concessus est certis personis, non transiit ad hæredem vel emtorem, si tamen eis petentibus non concedatur injuria. Resp. Ibi loquitur IC. de seruitute aquæ ducendæ, quod is eam facile impetrare potest, ad quem fundus peruenit, si ejus domino priori seruitus debebatur. Sed alia est ratio Emphyteuseos, quæ est majoris momenti, nec potest proximior docere eam sibi deberi, eò quod aliorum bonorum dominium se transferit.

Secundò obstat *l. congruit, & l. vlt. C. locat. præd. ciuit. lib. 11. tit. 70.* ubi teres conductores præferuntur nouis conductoribus, si augmentum ab alio nouo conductore oblatum ipsi præstare velint. Resp. Hoc specialiter in conductoribus fundorum publicorum receptum est, quia & hi coguntur conducere finitâ conductione, si lucrum fecerint ex priori conductione, nec alii conductores qui tanti velint conducere, inueniantur. *l. eodem. §. vlt. de publ. & vectig.*

Tertiò opponitur, quod in emptione bonorum debitoris cognati præferantur extraneis emtoribus *l. 1. ff. de priu. cred. l. Imperatores 60. ff. de pact.* Ergo & in emphyteusi quoque cognati extraneis præponuntur, quia emphyteusis cum venditione magnam habet similitudinem. *§. adeo. Inst. locat.* Resp. Illæ ll. loquuntur in speciali casu, quando scilicet debitoris obæriati bona auctore iudice possidentur & venduntur; tunc enim cognati & creditores præferuntur extraneis in venditione bonorum, modo eandem conditionem præstent, quam extranei, quod nihil commune habet cum præsentia questione. Hanc sententiam amplectuntur & tuentur *Sarmient. lib. 3.*

select. interp. cap. 7. And. Gail. lib. 2. obs. c. 148. Fachin. lib. 1. cont. cap. 100. Dissentit Barr. in l. 1. §. permittitur. ff. de aqu. quot. & est.

ASSERTIO XLII.

Emphyteuta ob non solum domino canonem per triennium, fundo emphyteutico licite expelli potest.

IVRE expresse decisum est in l. 2. C. de jur. emphyt. quod si emphyteuta triennio integro cessauerit in præstatione canonis soliti & consueti, quod propterea à domino ex fundo emphyteutico expelli possit.

Sed in contrarium adfertur hoc argumentum. Si emphyteuta qui multis annis agrum emphyteuticum possedit, & colendo ac plantando fertiliorum & meliorem reddidit, posset ob non solum triennio canonem ejici fundo emphyteutico, illa sequeretur iniquitas, quod dominus frueretur meliorationibus ab emphyteuta factis, & ad partos alieno labore fructus accederet. Certè hoc est iniquum, nisi dominus sumptus in meliorationes factos refundat. Resp. Nihilominus emphyteuta ejici poterit, & meliorationes una cum fundo ad dominum, solutione canonis debito tempore non facta, redibunt, ut earum nomine nihil domino possit objici d. l. 2. in verb. nulla ei in posterum allegatione nomine meliorationis opponenda. Neque iniquum est hoc casu statui contra eum, qui in eo culpæ suæ pœnas luat.

Porro adeò verum est ob non solum triennio canonem, posse emphyteutam expelli, ut etiam hoc procedat, licet emphyteuta pro solutione canonis non sit à domino admonitus, d. l. 2. in verb. neque pratendente, quod non est super hac causa inquietatus.

Sed aduersatur regula juris, quæ dicit moram non committi à debitore nisi præcedat interpellatio. l. mora. 32. ff. de usur. Item ubi mora & delictum non est admissum; ibi nec pœnæ potest esse locus. l. aliud est fraus 131. ff. de V. S. Resp. Dies hoc casu interpellat pro homine, & sine vllâ interpellatione debitorem in morâ constituit. Nam quia certum tempus puta triennium emphyteutæ cum pœnâ priuationis à lege est præfinitum, potuit facile hoc tempus providere, & tempestivâ solutione canonis, pœnam ejectionis euitare. Itaque hoc casu non minus lapsu diei, quam aperta interpellatione mora committitur l. magnam. C. de contr. stipul.

Quæritur autem hic, an pactum valeat, quo convenit inter dominum & emphyteutam, ne emphyteuta à domino propter pensionem non solutam expellatur. Et verius probabiliusque est hoc pactum juri esse consentaneum, quia licet domino juri pro se introducto renunciare. l. penult. C. de pact. l. si iudex 41. ff. de mino.

Sed

Sed obstat quod nulla sit vis ejus conventionis, quā cauetur, ut invito mino rem alienam possidere liceat. *l. cum precario 12. ff. de preca.* Resp. Interquam quod hujusmodi pactum ob repugnantiam in precario non let, *l. ubi pugnancia 189. ff. de R. I.* ideò quoque inutile est, quia reputat substantiæ precarii, quæ est, ut ad nutum concedentis reuocetur *l. 1. 2. ff. de preca.* Pactum autem de non expellendo emphyteutam, ob non lutum canonem, non est contra substantiam contractus emphyteutici, æ in annuâ pensione consistit, sed tantum naturam ejus impugnat, quæ, ut dominus emphyteutam non soluentem canonem remouere possit, que hoc pactum vires habet, illud non item, quia naturalia contractus ceto quidem tolli possunt: substantialia verò non possunt mutari. *l. si quis nationis 38. l. pacta conuenta. 72. ff. de contr. empt. l. ubi ita datur. 27. ff. mort. cau. don.* Substantia contractus est principalis ipsius contractus essentia, quā submotâ contractus deficit. Natura contractus est vis & qualis secundum proprios fines contractus inducta, ab iis quæ extrinsecus accedere possunt, separata, Vide eleganter *Alciatum lib. 5. paradox. c. 16. & l. 3. num. 2. ff. Si. cert. pet.*

Secundò objicitur, Pactum de non expellendo emphyteutam ob non lutum canonem, inuitat emphyteutam ad delinquendum, scilicet ad non luendum, ideòque nullum est & inutile. *l. si vnus 27. §. illud. ff. de pact. 5. ff. de pact. dot.* Resp. Non datur hic ansa delinquendi, ne omnino soluat emphyteuta canonem: sed pœna legis remittitur emphyteutæ, quem dominus nihilominus potest ad præstandam debitam pensionem, actione emphyteuticariâ virgere. *Salyc. ad l. 2. num. 13. C. de jur. emph.*

ASSERTIO XLIII.

Ex contractu emphyteutico oritur actio emphyteucaria.

QV M ex contractu emphyteutico mutua inter dominum & emphyteutam oriatur obligatio, constet ante m obligationem actionem parere, licet 42. §. ea obligatio ff. de procur. Dubium non est ex contractu emphyteutico actionem proficisci. Verum quænam illa sit, controuertunt interretes, & adhuc sub iudice lis est. Sunt qui actionem præscriptis verbis ari contendunt, quasi hic contractus ceterum & speciale nomen non habeat. Quoties enim contractus existunt, quorum appellationes nullo jure iuli proditæ sunt, recurrimus ad actionem præscriptis verbis *l. 2. & 3. ff. de præscript. verb.* Ita sentit *Cynus in l. 1. num. 8. in fin. C. de jur. emph.* Quæ sententia satis refellitur ex eo, quod contractus emphyteuticus communi

DD. testimonio nominatus esse dicatur. Alii itaque conditionem ex lege competere malunt, cum hic contractus per se ad producendam obligationem inefficax à Zenonis constitutione vires acceperit, & Zenonis constitutio non definiat, quo actionis genere experiri debeamus. *l. vnic. ff. de condit. ex l. Gloss. in §. aded. in verb. propriam. Inst. de locat. & conduct. Bart. in l. 1. num. 11. & Ias. ibidem nu. 68. C. de jur. emph.* Quorum opinio licet magno doctorum consensu sit recepta, teste Iasone, tamen cum hic contractus omnium suffragio inter nominatos referatur, fortè disputando non sine ratione defendi posset conditione ex lege hic opus non esse, cum ex conventionibus nominatis certæ etiam & nominatæ proficiscantur actiones. Quid enim aliud indicare voluit Vlpianus, dum inquit in *l. 7. in princ. ff. de pact.* Conventiones quæ pariunt actionem, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus. Quemadmodum igitur dicimus actionem ex emto, vendito, locato, conducto, & similes, ita non video quid veter, actionem ex hoc contractu emphyteuticariam appellari. Quod etiam subodorus videtur. *Bart. in d. l. vnic. nu. 8. ff. de condit. ex log. & nouissimè Olden. class. 5. de actionib. beneficiar. Baro ad d. §. adeo.* Hodie disputatio hujus rei superuacua videtur, cum nomen actionis exprimi non sit necesse in libello, sed factum narrari sufficiat, ex quo justa agendi causa colligatur. *c. dilecti. ex. de. judic.*

ASSERTIO XLIV.

Emphyteuta longissimo tempore acquirere non potest directum dominium, si non soluit domino canonem.

EMPHYTEUTA etiam si longissimo tempore, puta 30. 40. annis non soluit pensionem domino, tamen non potest immunitatem à præstatione canonis consequi, neque directum dominium sibi præscriptione acquirere. Ratio est, quia emphyteuta quamdiu eo titulo possidet, non suo sed alieno nomine possidet, qui autem alieno nomine possidet, præscribere nullo modo potest. *l. 2. & l. cum notissimi §. ult. vbi est tex. apertus & rotundus. C. de præscript. 30. an.* Facit etiam pro confirmatione hujus sententiæ *l. si qui conductionis 25. C. locat.* vbi dicitur quod qui conductionis titulo possidet, verè non possidet, ideoque prius possessionem locatori restituere debet, & tunc de proprietate litigare.

Objicitur primo huic decisioni *l. 3. & 4. C. de præf. 30. an.* quæ dicunt 30. annis tolli omnes actiones tam in rem quam personam, nullumque jus privatum vel publicum in quacunque causa vel persona præscriptione 30. vel 40.

40. annorum, juri silentio extinctum, iterum moueri posse. Resp. Communis DD. sententia hac in quaestione verissima, hac retinenda est; quod colonus vel emphyteuta praescriptione longissimi temporis non acquirit directum dominium fundi, etiamsi longissimo tempore pensionem annuam domino non soluit. Quae tamen sententia non procedit, si emphyteuta possessionem domino interuertat, ut quia domino petenti recuset pensionem soluere, contendens se esse dominum. per *l. colonus 12. & l. cum fundum 18. ff. de vi et ar.* Ex hoc enim tempore praescriptio curret, & si ex inde legitimo tempore possedit, tunc quia ciuilitate possidet tanquam dominus, plenam securitatem à soluendo canone, & directum dominium praescribet. Ita expressè decernit *Bart. in d. l. 2. num. 3. C. de praescript. 30. anno.* Cujus legis hic est germanus sensus, quod emphyteuta rem detinens ut emphyteuta, aut colonus rem detinens ut colonus, nullo tempore praescribit. Verum ex quo interuertit domino possessionem, & recusat solutionem canonis, jam non detinet ut emphyteuta, nec possidet alieno nomine, sed sibi, proinde non minus potest praescribere, quam quilibet extraneus. Ita decidunt *Castrenf. in l. neque fructuarium 8. num. 1. C. de usufruct. Iason ad l. 2. num. 157. C. de jur. emph. Bal. in tractatu praescript. 4. par. 4. part. princip. quaest. 11. num. 4. Pacius ad l. res 18. num. 7. & ibi communiter DD. C. de fid. instrum.*

Secundò opponitur *l. vlt. C. de fund. rei priuat. lib. 11.* ubi videtur affirmari, quod si emphyteuta 40. annis pensionem annuam non soluit, praescriptione censetur acquisiuisse immunitatem à soluendo canone, & per consequens directum dominium praescripsisse. Resp. Lex illa non dicit praescribi immunitatem annuae pensionis, vel directum dominium spacio 40. annorum ab emphyteuta, sed hoc dicit. Si quis fundum rei priuatae principis emerit ea lege, ut canonem soluere non teneatur, quod hic 40. annorum praescriptione se tueri poterit. Hic emptor nunquam suscepit in se obligationem soluendi canonis, sed eam recusauit & noluit suscipere. Itaque non pertinet ad nostram quaestionem, quae tractatur, an emphyteuta possit praescriptione longissimi temporis acquirere immunitatem canonis emphyteutici, & per consequens directum dominium praescribere.

ASSERTIO XLV.

*Emphyteusi finitâ sine culpâ emphyteutæ, meliorationes
pertinent ad dominum directi domini.*

VERIOR & jure magis consentanea est sententia, quod impensa seu meliorationes, quibus res emphyteutica melior est effecta, pertineant ad do-

ad dominum directi domini, etiam si sine culpa emphyteutæ res sit ad dominum reuerfa, puta si emphyteusis ad certum tempus, vel certam generationem sit concessa, & finito tempore res reuertatur ad dominum. Confirmat hanc decisionem quod contractus emphyteuticus eam ob causam instituitur, ut res melior efficiatur, ut ex ipsius verbi etymologia apparet. *l. ult. & ibi Glossa C. de jur. emph.* Et ideo solet Ecclesia prædia ruinosa ad meliorandum in emphyteusin concedere. *Auth. si quas ruinas. C. de SS. Eccles.* Ergo si hanc ob causam solet contractus emphyteuticus celebrari, dominus non tenetur soluere expensas meliorationum: ob id enim dat prædium in emphyteusin, ut ab impensis liberetur, unde impensæ ab eo repeti non possunt. Secundò hanc opinionem comprobatur *l. 1. C. de ju. emph.* ubi damnum quod per deteriorationem rei contingit, imputatur emphyteutæ, non domino, ergo non potest expensas in reficiendo factas à domino repetere, nam si repetere posset, non ejus esset damnum, sed domini. Denique hæc sententia æquitati & rationi est conueniens, quia cum emphyteusis plerumque pro exigua mercede concedi soleat, hinc in compensationem fructuum meliorationes cedunt domino ex naturâ contractus, finitâ emphyteusi etiam sine culpa emphyteutæ. Quod si emphyteusis culpa emphyteutæ sit extincta, veluti ob non solutionem canonis, vel ob alienationem illicitè factam, vel ob rei deteriorationem, tunc certum & indubitatum est, dominum meliorationes lucrari *l. 2. C. de jur. emph. §. scire autem. No. 7. de non alie. aut permut. reb. Eccles.*

Sed obstat primò *l. domos § 8. de leg. 1.* ubi traditur, si quis impensas faciat in re subjecta restitutioni post tempus, poterit eas impensas repetere ab eo, cui rem restituit. Idem ergò videtur statuendum in hac quæstione, cum fundus emphyteuticus post certum tempus vel certam generationem sit subjectus restitutioni. Resp. Ibi non est res ad meliorationem data, neque meliorationes veniunt, sicut ex natura contractus emphyteutici debentur.

Secundò objicitur tex. in *c. 1. §. vasallus. Hic finitur lex. lib. 2. feud. tit. 28.* ubi secundum vnâ lecturam meliorationes pertinent ad vasallum & non ad dominum. Resp. Res quæ in feudum dantur, non ad meliorationem dantur, sed propter homagia seu seruitia personalia, quæ sunt causa feudi, at causa contractus emphyteutici regulariter est melioratio fundi emphyteutici, ut ex verbo ipso liquidò apparet.

Tertiò opponitur, quod dominus videatur locupletari cum alterius iactura, contra juris regulas. Resp. Non obstat prædicta regula, quia interuenit hic consensus tacitus vel expressus, ideoque consentienti & volenti non fit injuria.

Quartò aduersatur *l. 7. §. quoniam. & l. sed si quid 15. ff. de usufr.* ubi usufructuarius potest expensas utiliter factas repetere, vel detrahere, cui similis videtur

detur emphyteuta. Resp. Illæ leges magis confirmant hanc opinionem, nã usufructuarius expensas modicas, ad quas de naturã usufructus tenetur, petere non potest, magnas autem quæ ex naturã usufructus non veniunt, petere potest *l. cum ad quem C. de usufr.* Cum ergo omnes impensæ quæ int in re emphyteuticã, ex natura ipsius contractus veniant, nullæ impensæ i emphyteutica repeti possunt à domino. Hanc sententiam solidè & exactè fendit *Sarmien. lib. 3. select. interp. c. 4.* Quem sequitur *Fashin. lib. 1. conuer. juris. cap. 92.*

ASSERTIO XLVI.

Emphyteuta si triennio canonem non soluerit, postmodum oblatione factâ, moram purgare non potest.

EMPHYTEUTA si integro triennio pensionem debitam non soluerit, amittit emphyteusin, & à domino ex prædio emphyteutico expelli potest. *l. 2. C. de jur. emph. Auth. qui rem C. de SS. Eccl.* Quod adeò verum est, ut tam si triennio elapsò velit offerre solutionem canonis, nihilominus tamen expelli possit, quia non potest post triennium offerendo debitum canonem, moram semel commissam purgare. Idque probatur hac certissimã juris regula, quæ habet. Quoties dies & pœna est in obligatione, toties non admittitur purgatio moræ, tempore obligationis elapsò. *l. trajecticia 23. §. de illo. de obligat. & act. l. magnam 12. C. de contr. stipu.* At verò in nostro casu certum tempus in contractu emphyteutico, præscriptum est à lege soluendo canonis, triennium vide licet, sub pœnâ amissionis juris emphyteutici *d. l. 2. C. de jur. emph.* Ergo post illud tempus offerendo solutionem canonis, emphyteuta moram purgare non potest.

Sed grauitè obstat huic decisione *c. potuit. ex. locat.* ubi emphyteuta Ecclesiæ offerendo solutionem canonis post biennium celeri satisfactione moram purgare potest. Resp. Hoc tantum singulariter receptum est in emphyteuta Ecclesiæ, ut ille possit celeri satisfactione, iudicis religione æstimanda, post moram commissam sibi consulere. Ratio specialis juris est, quia verisimile est Romanos Pontifices, qui huiusmodi negligentiam coarctarunt, eandem biennio conclusèrunt, hoc amplius emphyteutæ indulgisse, ut moram eo modo purgare possit, atque ita in vno grauatus in altero subleuari debet. *g. l. cum qui 30. in princ. ff. de iureju.* Maximè cum jus canonicum moræ purgationem facilius admittat, & non ita strictè pœnas exigat, quemadmodum jus ciuile *c. suam ex. de pœn.* Diuersum obtinet in emphyteuta priuati, hanc enim moram nullatenus purgare posse, verius est. Ita habet communis

I

DD. opinio

DD. opinio testante *Sichardo* in l. 2. num. 20. C. de jur. emph. quod etiam *Iasoni* in vtrunque partem latissime disputanti tandem magis probatur in d. l. 2. Approbat *Molin.* ad consuet. Paris. tit. 2. de consue. §. 62. nu. 9. & 10. & secundum hanc sententiam iudicatum fuisse refert *Afflict. deus.* 174. num. 2. Dissentit *Corras.* in d. l. 2. num. 16. *Clarus* in receptis sentent. tit. de emphyteusi quest. 8. nu. 15.

Secundò huic assertioni repugnat. l. quid tamen 21. §. ult. ff. de arbit. vbi statuitur, quod si arbiter sub certa pœna condemnauit alterum ex litigatoribus ad soluendam certam pecuniæ summam, quod hoc casu euitet solutionem pœnæ, si post sententiam latam ante acceptum iudicium offerat summam condemnatione comprehensam. Ergo adhuc admittitur purgatio moræ, licet pœna obligationi sit adjecta. Resp. Idè ibi debitor admittitur in obligatione pœnali ad purgationem moræ, quia nullum tempus fuit expresse appositum in sententia arbitri, intra quod soluere debuit litigator, sed tantum tacite tempus à lege iudicatis datum subintelligitur. Atqui vbi dies non est nominatim adjectus obligationi, sed à lege subintelligitur, tunc adhuc locus est purgationi moræ. l. si insulam. 184. ff. de V. O. Approbat & sequitur hanc decisionem *Fachin.* lib. 1. contro. iur. c. 98.

ASSERTIO XLVII.

Vsusfructus est jus vtendi fruendi rebus alienis, saluâ rerum substantiâ.

DEFINITIO hæc vsusfructus proponitur à IC. Paulo in l. 1. ff. de vsufr. & ab Imperat. Iustin. repetitur in princ. tit. Inst. de vsufructu.

Sed obijciatur quod definitio hæc vitiosa est, quia etiam aliis specibus accommodari potest, at verò definitio & definitum inter se reciprocari debent l. 1. ff. de dol. mal. Primum autem videtur hæc definitio conuenire emphyteuli, quæ etiam jus vtendi fruendi transfert ad emphyteutam ad perpetuum vel longissimum tempus. l. 1. ff. Si ager vectig. per. Idque in re aliena, quia proprietas non transfertur in emphyteutam d. l. 1. ff. Si ager vect. per. Postmodò sicut per interitum rei vsusfructus extinguitur l. repeti. §. 2. & 3. ff. de vsufruct. ita & totius rei interitu finitur emphyteulicis l. 1. C. de jur. emph. Resp. Emphyteuta plus juris consequitur quam vsufructuarius, nam quasi dominus est agri emphyteutici, atque adeò disertè dominus appellatur in l. possessores 12. C. de fund. patrim. lib. 11. eique utilis actio rei vendicandæ causâ permittitur d. l. 1. ff. Si ager vect. l. 5. §. bonorum ff. ut in poss. leg. Quinimò emphyteuta agrum emphyteuticum donare, vendere, legare & oppignorare potest l.

instor. 16.

tor. 16. ff. de pig. act. l. si domus 71. §. ult. de legat. 1. ut jam non tam alienis rebus, quam suis frui videatur. Ideoque per hæc verba, Rebus alienis, is distinguitur emphyteusis ab usufructu, quia emphyteuta rebus suis utitur & fruitur.

Secundò opponitur, quod definitio usufructus conveniat etiam precario, nam qui precario rem alienam accepit, potest eam uti frui saluam rei substantiam. Resp. Hoc differt usufructus à precario, quod usufructus manet per usufructuarium usque ad vitam ejus, sed precarium quodcumque rescari potest pro arbitrio precario dantis l. 1. ff. de precat.

Postremò objicitur, quod etiam hæc definitio usufructus antichresi adaptari potest, quæ est species pignoris, quando scilicet ita res pignori datur ut proad debitor satisfaciatur, ea creditor utatur fruatur. l. si pecuniam 33. ff. de pig. l. si is qui bona. 11 §. 1. ff. de pign. Ille qui antichresin habet, omnibus proventus & fructibus rei oppignoratæ utitur & fruitur in re aliena. Ergo usufructum habere censetur. Resp. Aliud est jus utendi fruendi, aliud vinclum ipsius juris. Ius est dominium juris, quod fructuario per traditionem acquiritur. l. 3. & 4. ff. de usufruct. Ita ut rei vindicatio ei competat, quæ vulgo confessoria actio appellatur l. 5. ff. si usufr. pet. unde & usufructus in domino & bonis usufructuarii recensetur. l. in venditione 8. ff. de rebus aucto. jud. poss. creditor cui antichresis concessa est, non habet dominium juris, seu actionem realem, sed obligationem vel actionem personalem tantum, qua agit contra debitorem, ut sibi uti frui liceat. Non ea enim vis est obligationum, ut corpus aliquod nostrum faciant, sed ut alium nobis obligent ad dandum vel credendum l. 3. ff. de obligat. & act. & dominium ab obligatione separatur in l. ff. de stipul. serv. Eleganter Hotom. in illust. quest. 22.

ASSERTIO XLVIII.

Usufructuarius naturaliter possidet usumfructum.

QUOD usufructuarius naturaliter possideat usumfructum multis, legibus discretè comprobatur. Primò id apertè confirmat l. naturaliter 12. ff. de qui. poss. ubi Ulpianus respondit. Naturaliter is videtur possidere, qui usumfructum habet. Idem deciderit Papinianus in l. possessio 49. ff. eod. dum ita scribit. possessio quoque per servum, cuius usufructus meus est, ex remea vel operis servi mihi aliquiritur, cum & naturaliter à fructuario teneatur, ubi apertè & discretè dicitur, quod usufructuarius servum fructuarii teneat & possideat. Unde &

dantur illi interdicta possessoria, tam interdictum uti possidetis pro usufructu retinendæ, in quo quis turbatur, quam interdictum unde vi pro usufructu recuperando, de quo per vim quis dejectus est, *l. uti. ff. uti possidetis l. 3. §. unde vi. ff. de vi & vi arm.* Huc accedit & hæc ratio, quo ad fructuarium omnes rei fructus, omniæque emolumenta pertinent, ideoque rectè naturaliter usufructum possidere censetur. *l. in venditione 8. ff. de rebus auct. jud. poss.*

Objicitur *l. acquiritur 10. in fin. ff. de acq. rer. dom.* ubi Cæus inquit. usufructuarius usufructu servum non potest, quia non possidet, sed habet jus utendi fruendi. Resp. Fructuarius naturaliter possidet ipsum usum fructum, seu jus utendi fruendi, non verò possidet ipsum fundum fructuarium.

Secundò aduersatur *l. sciendum ff. Qui satisf. cog.* ubi Vlpia. respondit, eum qui usufructum tantum habet, possessorem non esse. Resp. Illa *l.* loquitur quantum ad satisfactionem iudicio sisti. qui enim immobilia possidet, non tenetur satisfacere iudicio sisti. Sed talis non est fructuarius, quia non est dominus vel possessor fundi, sed tantum habet jus utendi fruendi, ideoque cautionem de iudicio sistendo præstare tenetur.

Denique repugnat assertioni. *l. 6. §. 1. ff. de preca.* ubi dicitur, nam & fructuarius est in prædio & tamen non possidet. Item *l. 1. §. quod ait prator ff. quod legat.* ubi ait Vlpianus, usufructus non possidetur, sed magis tenetur. Idem respondit Vlpianus in *l. Celsus §. Iulianus ff. ad exhibend.* Ad has omnes leges respondetur, quod istæ leges quatenus negant usufructuarium possidere hoc modo sint accipiendæ, ut possessionem hanc naturalem non excludant, sed quod civiliter, hoc est animo domini usufructuarius non possideat. Vide latius pro hac sententiâ differentes Cujac. *lib. obs. 9. c. 33. & lib. 18. c. 24. Fachin. lib. 8. cont. iur. c. 18.*

ASSERTIO XLIX.

Usufructuarius omnium bonorum non tenetur ad æs alienum soluendum. secundum communem DD. sententiam, contra BARTOLVM.

VSUFRUCTUARIUS omnium bonorum non tenetur ad soluendum æs alienum, sed hæres convenitur ad præstationem æris alieni à creditoribus & legatariis, permittiturque hæredi ad solutionem æris alieni distractio bonorum hereditariorum, quo facto & ipse usufructus minuetur, nam quod superest ære alieno deducto, illud tantum hæres fructuario tradere tenetur. Probatur hæc sententia in *l. usufructu 69. ff. ad l. Falc.* ubi Pompon. ait, usu-

usfructu omnium bonorum legato, primum æs alienum deducendum. Concordat *l. generali 32. §. ult. & l. ult. ff. de usufr. leg.* Eandem sententiam confirmat *l. 1. C. Si cert. pet. & l. 2. C. de hered. act.* ubi traditur ad hæc æris alieni solutionem spectare. Hæc sententia communiter à DD. recepta est, ut notat *Tur. Zan. in com. opin. opin. 105. Ferr. in for. libel. quo vxor & ad dotem. Castren. conf. 394. Bald. conf. 237. Pract. Massue. tit. 13. de usufr. Couar. lib. 2. var. resol. c. 2. Costa. ad l. quoties 34. §. vniuersorum ff. de usufr. Gail. lib. 2. obser. c. 146.*

Dissentiunt tamen ab hac sententiâ *Bart. ad l. ult. ff. de usufr. leg.* cùm se secutus *Guido Pap. decisione 541.* qui existimant usufructuarium omni æri eno obstringi, quasi velint de fructibus soluendum esse æs alienum. Quæ sententia merito à multis improbatæ est, quia æs alienum onus totius patrimonii, non fructuum respicit *d. l. vl. de usufr. legat.* Ad hæc posset tam graue esse æs alienum, ut etiam multorum annorum fructus ad id dissoluendum pares non essent futuri, quo casu inutilis esset usufructus, quod non estendum.

Opponitur *l. nam quod 14. in fin. cum. ll. seqq. ff. ad SC. Trebel.* ubi tractatur, quod quoties in vltima voluntate relinquuntur alicui bona, tunc ea dispositio intelligi debet cum onere æris alieni, ut scilicet is cui bona vniuersa, & certa bonorum pars relinquitur, teneatur etiam agnoscere æs alienum. Resp. Ea lex accipienda est, quando plena proprietates bonorum alicui relinquitur.

Secundò obijcitur *l. vxori 37. ff. de usufr. leg.* ubi dicitur, quod si alicui usufructus omnium bonorum relictus est, quod etiam Calendarii usufructus ad eum pertineat. Si Calendarii usufructus ad eum pertinet, ergò debita & credita ad eum videntur pertinere. Continet enim Calendarium debita & credita, *l. qui filium 64. ff. de leg. 3.* Resp. Calendarium debita non continet, sed nomina creditorum, & sic credita & pecuniam iam exactam & fœnori destinatâ tex. in *d. l. 3. qui filium. de leg. 3.* Calendarium enim nihil aliud est, quam negotiatio nominum faciendorum, ex eo dictum, quod ceteres in Calendas fœnerari solebant. *Conna. lib. 7. com. iur. c. 1. nu. 12. risso. in lexico, in verb. Calendarium.* Et sanè ineptum esset, existimare IC. um in *d. l. vxori.* querere an usufructu à testatore legato, debita ipsius leuantis contineantur Calendarii nomine, nisi velint DD. debita etiam veniente consequentiam creditorum, ut qui usufructum habet creditorum, etiam nus subeat debitorum, sed tunc nec tex. in *d. l. vxori* ad rem faciet, nec bona erit illa consequentia, cum ad heredem onus soluendi æs alienum pertineat, ad quem spectat commodum hæreditatis. Ita respondet *Fachin. lib. 4. introycr. iur. cap. 19.*

Tertio obstat *l. ult. §. sin autem legata. C. de bon. qua lib.* ubi usufructuarius omnium bonorum tenetur ad solutionem legatorum. Resp. Speciale hoc est, ut non procedat prædicta decisio in annuis legatis, nam annua legata secundum magis communem DD. opinionem ab usufructuario omnium bonorum ex redditibus usufructus præstanda sunt. per *l. 7. §. 1. ff. de usufruct.* Ita decidit *Garl. d. obs. 146. in fin.*

ASSERTIO L.

Usufructuarius non cauere, sed satisfacere tenetur se usurum fruiturum boni viri arbitrato, & cum usufructus finitus fuerit, se restitutum quod inde exabit.

USUFRUCTUARIUS tenetur proprietario desideranti de duobus satisfacere, primo cogitur satisfacere se usurum boni viri arbitrato, id est, se non deteriore causam usufructus facturum, ceteraque curaturum, quæ in re sua diligens paterfamilias faceret. Secundò satisfabit se rem fructuariam restitutum finito usufructu. *l. 1. §. cautio & §. habet. ff. usufruct. quem caue. l. si cuius 13. in princ. & l. sed cum fructuarius 65. ff. de usufruct.*

Sed obijcitur *l. cum oportet §. non autem & l. ult. §. sin autem legata C. de bon. qua lib.* ubi traditur, quod pater qui habet usumfructum in bonis aduentitiis filii, non tenetur hanc satisfactionem præstare. Resp. Patri hæc cautio remissa est, pro jure veteris domini, quod olim illi in his bonis acquirerebatur, tum etiam quia ut Imp. ait paterna reuerentia eum à cautione excusat.

Secundò aduersatur *l. si usufructus, §. planè. ff. de usufr. quem caue.* ubi traditur, quod si usufructus alicui purè, proprietas vero ex die legata est, cautio fructuario remittenda sit. Resp. Ideo remittitur cautio huic fructuario, quia non est necessaria, siue quod nihil interfit hæredis, quid de proprietate futurum sit, quæ non ad ipsum, sed fructuarium hæredemve ejus certo reditura sit, siue quod cum agatur res fructuarij, non est probabile eum deterius aliquid in perniciem propriam constitutum. Idque ex mente Prætoris procedit, cui propositum fuit hac cautione proprietario consulere, ut securus sit de proprietate rei. *d. l. si cuius in princ.*

Queritur autem qualis cautio hic exigatur, nudane, an satisfactio, quæ datis fidejussoribus interponitur. Sed verius est, satisfactionem hic exigi prædicto prætoris à fructuario, ac nisi ita caueatur, denegari ei usufructus petitionem.

ionem. *d.l. si cuius. in princ. l. & fin. ff. vsufr. quem. caue. l. 4. C. de vsufruct.* quod adeo verum est, vt quamuis diu quaesito fideiussore eum reperire non possit, tamen non prius danda sit fructuario actio pro exigendo vsufructu, iam satisfecerit. *d.l. si cuius l. 3.* vbi additur ratio, quia dominus proprietate secutus esse debet de proprietate sua; id autem fieri non potest sine satisfactione, ideoq; nec ad juratoriam cautionem admittetur vsufructuarius.

Sed opponitur *Auth. generaliter. C. de episc. & cle.* vbi traditur, quod qui fideiussorem inuenire non potest, liberetur praestita juratoria cautione. Item auersatur regula juris, quae dicat impossibilem nullam esse obligationem. *impossibilem, ff. de R. I.* Vnde si propter inopiam non potest vsufructuarius fideiussoribus vel pignoribus cauere, aequum est, eum ad juratoriam cautionem admitti. Resp. Humanum & benignum erit, si constat fructuarium plane esse pauperem, quem verisimile sit non posse facile fideiussorem inuenire, adhiberi remedium, quod in simili re proponitur in *l. sed si is §. 5. noties. ff. de Carb. edict.* vt detur fructuario res fruenda sine satisfactione videm, ita vt contenti simus nuda cautione, sic tamen vt proprietarius iudicetur esse in possessione rei fructuariae, tanquam custos & obseuator, qui et operam, ne quid res fructuaria capiat detrimenti. Ita recte decidit *Doel. lib. 10. com. cap. 14.* Dissentit *Vvesenb. in paratit. ad tit. vsufruct. quem. cau.* qui indistincte vsufructuarium ad juratoriam cautionem admittit, si fideiussoribus aut pignoribus datis ob inopiam cauere nequeat. *Cacheran. decis. Perment. 153. num. 4.* qui decidit admittendam esse cautionem juratoriam, maxime iuncta submissione omnium bonorum ipsius vsufructuarij. *arg. l. si §. 10. ff. vt legato non caueatur.* Vsu & praxi iudiciorum ita plerumque obseruatur, vt si vsufructuarius sit homo frugi, & honeste probataeque vitae, tunc admittenda sit juratoria cautio. Si vero sit suspectae vitae, vel ignominiosus, aut infamis aut suspectus de dilapidatione, tunc res vsufructuaria pud virum bonum sequestrabitur, qui vsufructuario de fructibus respondeat. *arg. l. postquam, §. Imperator. ff. vt legat. nom. caue. l. si fideiussor. §. ult. f. Qui satis cog. l. cum non facile. ff. Si cui plus quam per l. Falid.* Ita post *Barr. in l. 4. C. de vsufr.* tradunt *Gail. lib. 2. Obs. c. 47. Guid. Pap. decis. 230.* vbi dicit secundum hanc opinionem iudicatum fuisse. Addit elegans ad *Gl. l. 4. C. de Vsufr.*

ASSERTIO

ASSERTIO LI.

Qui habet seruitutem riuu, potest ex tereno riuo lapideum facere.

QUÆRITVR an interdicto de riuis vti possit, qui vult terrenum riuum, quo vltus est iure seruitutis, lapideum facere. In qua questione pugnare videtur, *l. 1. §. si quis. cum l. 3. §. Seruius, ff. de riuis.* In *l. 1. §. si quis* traditur, eum qui ex riuo tereno lapideum facere velit, non rectè expetiri hoc interdicto. Contrarium in *d. l. 3. §. Seruius.* asseritur, vbi Vlpianus scribit, illum esse audiendum, qui vult riuum, qui ab initio terrenus fuit, cæmentitium facere, eò quod terrenus aquam non contineat. Resp. Ex sententia Bartoli, qui in *d. l. 1. §. vlt.* ita distinguit. Aut quis vult ex vigenti necessitate, & magna vtilitate riuum immutare, & ex tereno lapideum facere, & hoc ei licet, vt puta si terrenus aquam amplius non contineat, & hoc casu procedit *d. §. Seruius.* Aut nulla necessitas vel grandis vtilitas subest, & tunc non conceditur riuu mutatio. Ita procedit *d. l. 1. §. si quis*: qui loquitur de superflua, non verò de necessaria & vili refectione riuu, quod scilicet non liceat riuo non indigente vlla refectione, eum ex tereno cæmentitium vel lapideum facere. Idque indicant verba, quæ rationis loco subjiuntur in *d. §. si quis.* Non enim reficit, qui hoc facit, id est, qui sine vlla necessitate vel euidenti vtilitate mutat riuum. Hanc conciliationem comprobant Menoch. *remed. 7. retin. posses. num. 14. Cuiac. lib. 9. obser. 27. c. 22.*

ASSERTIO LII.

Diuisio hereditatis, vt major frater diuidat, minor eligat, iuri civili non est consentanea.

CONTROVERTITVR acriter inter DD. vtrùm inter fratres ita in facienda diuisio hereditatis, vt major ex fratribus diuidat, & minor eligat. In hac controuersia Canonistæ tradunt, ita hereditatem esse diuidendam inter fratres, vt major diuidat, minor verò eligat, per *c. 1. ex. de paroch.* Legistæ verò contra statuunt iudicis siue arbitri officio diuisionem esse faciendam, & quod ab eo commodè diuidi non potest, sorte dirimendum censent. Hæc sententia legistarum tanquam verior & iuri magis consentanea, retinenda & amplectenda est, quæ probatur in *l. 4. 5. 6. & l. in hoc iudicio, ff. fam.*

fam. ercisc. §. item quadam 21. Inst. de act. l. 3. C. Commu. de legat. l. 2. C. und. & quib. quar. pars. lib. 10. Approbant & sequuntur eam Sneyd. ad d. item quadam. nu. 63. & seqq. Fachin. lib. 6. contro. c. 37.

Opponitur huic decisioni *c. 1. extra. de paroch.* vbi traditur, quod in facienda diuisione inter duos Episcopos, ille dividet, qui longiori tempore Episcopatum habuit, & minor eligit. Resp. tex. in *d. c. 1.* loquitur in casu speciali, vbi non de hæreditate, sed de diuidendo Episcopatu agitur, quo præsumitur, quod is qui diutius fuit in Episcopatu, maiorem ejus hæret notitiam, quam junior: idque fauore Ecclesiæ specialiter receptum est, & alias jus commune est in contrarium.

Secundò aduersatur *l. 1. C. de his, qui se defer. lib. 10.* vbi statuitur, quod si fiscus habeat hæreditatem vel rem communem cum priuato, quam vult eo diuidere, fiscus debet facere partes, & deinde concedere electionem priuato. Resp. Ibi hoc tanquam priuilegium & jus singulare propter sexum ætatem conceditur illi, qui habet hæreditatem communem cum fisco, hoc casu priuatus ratione ætatis, vel mulier ratione sexus hanc habeat prerogatiuam, vt optio & electio ei concedatur, in facienda diuisione.

Postremò obijcitur locus ex veteri testamento. *Genes. cap. 13.* vbi inter fratres Abrahamum & Lothum hoc modo diuisio est instituta. Sic in Abraham qui erat senior, allocutus est fratrem juniorem Loth. Si tu sinistram disceiseris, ego dexteram petam, sin autem tu dexteram versus, ego sinistram petam. Resp. Hoc testimonium continet tantum exemplum diuisione facta inter Lothum & Abrahamum, quod scilicet Abraham frater major natu diuisit bona, Loth vero minor natu elegit, sed non est ad præceptum generale, vt ita fiat diuisio hæreditatis ab omnibus fratribus, vt frater minor habeat illam in optione prerogatiuam; Itaque rectè cum non exemplis, sed legibus esse judicandum, *l. nemo. C. de sent. & arbit. om. jud.* Ex generali tamen consuetudine Germaniæ in camera Imperij approbata, receptum est, vt natu major frater diuidat bona hereditaria, & minor eligit. Ita notat & tradit *Andr. Gail. lib. 2. Obs. c. 116.* tex. in *d. c. 1. de paroch.* Sequitur *Mins. centu. 4. Obs. 37.* & nouissimè *senb. in parat. ad tit. fam. ercisc. nu. 6.* Quæ & sententia jure Saxonico tenet inter duos fratres, *daer sall die oudste de len, end die jungste keesen,* in allodialibus, quàm feudalibus bonis. *Landtr. lib. 3. artic. 29. Scurff. l. 71. Sneyd. ad §. quadam. nu. 27. Inst. l. de action.*

K

ASSERTIO

ASSERTIO LIIL.

Contractus est duorum pluriumve in idem consensus & conuentio, ad constituendam obligationem efficax.

HÆc definitio tradita extat à Theophilo ad *tit. Instit. de obligat. & confirmatur per l. omnium 20. ff. de iudic.* vbi dicitur omnem obligationem pro contractu habendam esse, quamuis non ex *crediti* causa debeat.

Sed aduersatur primò huic definitioni. *l. Labeo. 19. ff. de V. S.* vbi Labeo definit contractum esse vltro citroque obligationem. Vnde consequitur eos tantum propriè dici & censerì contractus, qui ex utroque latere producant obligationem, uti sunt emtio, venditio, locatio conductio, societas & mandatum. Cæterum stipulatio, mutuum, commodatum donatio depositum, quia non producant ab utraque, sed ab vnâ tantum parte obligationem, contractus propriè dici non possunt. Sic in mutuo debitor pecuniam accipiens tantum obligatur, *l. certi. 9. §. quoniam. ff. de reb. credit.* In stipulatione promissor solus, non vero stipulator obligatur. *l. 5. §. stipulatio. ff. de verb. obligat.* Denique in commodato commodatarius tantum obligatur, commodato verò dans non obligatur, nisi fortè in hoc, ut patiatür recipientem re commodatâ uti, vel ex accidenti, si videlicet commodatarius impenſas fecerit in rem commodatam *l. in commodato 17. §. sicut ff. Gommod. Resp.* In definitione Labeonis hæc verba, vltro citroque obligatio, non significant vtrumque contractam obligationem, ac si requiratur ut in omni contractu vterque sibi mutuo fiat obnoxius, sed ea est horum verborum significatio, quod contractus sit obligatio, quæ ex duorum consensu proficiatur, & quod hoc agant ambo contrahentes, ut alter alteri fiat obnoxius, & quod vtriusque consensus ad ineundum obligationis nexum concurrere debeat, licet vterque nexibus obligationis non adstringatur; Nam & Vlpianus in *l. juris gentium 7. in fine princ. ff. de pact.* scribit etiam tunc *συνάλλαγμα* esse, cum alteruter contrahentium duntaxat obligatur in verb. contractum esse, quod Aristo. *συνάλλαγμα* dicit, vnde nascitur obligatio: si tibi dedi, ut aliquid facias. Sic mutuum rectè contractus dicitur, licet debitor tantum obligatur *d. l. certi §. quoniam.* Idem de stipulatione dicendum. Quamuis enim is qui rogatur ac spondet, solus obligetur, tamen stipulatio nihilominus dicitur contractus, quia inter vtrumque contrahentem hoc agitur, ut promissor stipulatori obligetur. *l. 1. in fin. ff. de pact. l. si donationis 7. C. quod met. causa §. vlt. Inst. de obligat.* Hinc sequitur, quod si statuto fiat mentio contractus, puta si statuto cautum sit, ut si quis non petierit debitum intra x annos,

mos, quod illud amplius petere non possit, tunc etiam comprehendi de-
tum ex contractu, ex quo alter contrahentium tantum obligetur, puta ex
mutuo donatione, vel stipulatione cum hic proprie etiam contractus dicatur.

hares Inst. de oblig. ex qu. contr. l. 4. §. hares. ff. de obl. & act. Ita pulchrè &
elegantè decidit *Tobias Nonius ad §. Prius est. nu. 7. Inst. de oblig.*

Secundo aduersatur huic definitioni, quod in contractibus innominatis,
iusquam causa subsit, id est datio vel factum interueniat, nulla constitui-
r obligatio. *l. juris gentium 7. §. 1. ff. de pact.* Postquam causa subest, & vnus
sua parte impleuit contractum, tunc alter solus obligatur. Resp. Ex præ-
denti responsione patet solutio ad hoc argumentum, quia hæc verba, vltro
troque hanc habent significationem, quod in quolibet contractu necesse
est hinc inde id agi inter contrahentes, vt obligetur alter alteri, itaque talis
conuentio vltro citroque facta rectè contractus dicitur, siue ex vnâ parte
tantum, siue ex vtraque producat obligationem. *l. 7. §. 1. ff. de pact. l. si in
ea 33. ff. de condict. indeb.* Ita pulchrè tradunt *Guiberr. lib. 1. quæst. jur. c. 8.
vltro ad l. 1. ff. de pact.* vbi elegantè ita notat. Quod vulgo aiunt contractum,
non esse nisi vbi sit mutua obligatio, mihi non placet, nec vnquam probatur.
Nam obligatio vltro citro in consentiendo semper consistit, non semper in
vinculo juris mutuo. *l. 1. & 2. ff. de obl. & act. d. l. Labeo. l. obligationum 3. ff.
de obl. act. in verb. obligationum substantia in eo consistit, vt alium nobis obstrin-
git ad dandum aliquid vel faciendum. Fornerius & Godæ. ad l. Labeo de V. S.
l. 2. supput. jur. c. 2. Donel. ad l. 1. num. 8. 9. 10. 11. & 12. ff. de reb. cred.
Cujat. in parat. C. l. ad tit. de obl. & act.* vbi contractum paulo aliter de-
finit, videlicet, quod sit conuentio quæ proprium & legitimum nomen ha-
beat, vel quæ nomine vacat, datione tamen, aut facto aliquo sumat effectum.
Quæ definitio omnibus contractuum speciebus conuenit tam nominato-
rum, quam innominatorum. Quæ definitio contractus à Cujatio tradita,
vnquam omnium perfectissima amplectenda & retinenda est, cum Cujatius
vnquam omnium Ictorum nostri æui solertissimus & subtilissimus sum-
mus sit definiendi artifex, ita vt raro aut nunquam eius definitiones infringi
possint.

ASSERTIO LIV.

*Etiam jure Canonico reperiuntur aliqui contractus
stricti juris.*

V RE civili contractus ita diuiduntur, quod alij sint bonæ fidei, alij
vero stricti juris §. actionum. *Inst. de actio.* Contractus bonæ fidei ideo di-
cuntur,

cuntur, quia in iis magis exuberat bona fides, & ex æquo ac bono maximè in iis proceditur. *l. bona fides 31. ff. depositi.* Stricti vero juris contractus ideo dicuntur, quia non venit in iis, nisi quod exigit natura contractus, & quod nominatim in conventionem deductum est *l. quia tantundem 7. ff. de neg. gest. l. quicquid 99. ff. de verb. oblig.* Hæc differentia contractuum non est sublata jure Canonico, nam & eo jure aliæ sunt actiones bonæ fidei, in quibus ex æquo & bono maximè proceditur, aliæ vero sunt stricti juris, in quibus ex summo jure est agendum. Probat hanc decisionem *c. cum venerabilis, ex. de except.* ubi Pontifex argumentatur loquens de permutatione, dicendo quod est contractus bonæ fidei, quasi sentiat non omnes contractus esse bonæ fidei, alioquin specialiter argumentum in illo contractu non concluderet, si id esset commune omnibus contractibus.

Sed pro contrariâ opinione, quod jure Canonico omnes contractus sint bonæ fidei, adducitur tex. in *cap. cum dilecti, extra. de donat.* Ibi cum textus de donatione, & quadam ejus interpretatione loquatur, inquit latissimè illam donationem esse interpretandam, adjecta hac generali regulâ, quia in contractibus plena, in testamentis plenior, in beneficiis plenissima sit facienda interpretatio, & tamen nullus contractus est strictioris juris, quam donatio. *l. eum qui 22. ff. de donat.* ubi dicitur quod ex contractu donationis non debeantur usuræ, quod proprium est in contractibus stricti juris. *l. 1. C. de cond. indeb. l. 3. C. de usur.* Hinc probatur, quod contractus donationis, qui de jure civili est stricti juris, jure Canonico sit bonæ fidei, & latius sit interpretandus, quam ultima voluntas sit accipienda. Resp. Prædictus canon loquitur de donatione factâ Ecclesiæ vel pio loco, quod favore religionis sit in tali donatione facienda latissima interpretatio, ut in dubio videatur id promissum, quod est majus & utilius Ecclesiæ. Vnde licet donatio sit natura stricti juris, tamen quando sit Ecclesiæ seu pio loco, latissimè est interpretanda. Similem tex. habemus in *l. Tutia 38. §. Seja. ff. de ar. & arg. leg.* ubi cum testator quidam jussisset ut in æde sacrâ ab hæredibus suis poneretur signum Dei ex centum libris, & quæretur an ex ære vel argento illud signum poni deberet, deciditur, quod si in illa æde solum essent signa ærea vel argentea, quod argenteum ponendum sit. Hanc differentiam jure Canonico etiam observari, quod aliæ actiones sint bonæ fidei, aliæ vero stricti juris, defendunt Sarmien. *lib. 3. select. interp. c. 3. Gomez. ad §. actionum. Inst. de act. Gode. de contr. stipul. c. 8. num. 24.* Dissentit Cagnol. *ad l. 2. C. de res. fund. vend.*

ASSERTIO

ASSERTIO LV.

Præsides provinciae mutuam pecuniam dare, fœnusve exercere prohibentur, mutuam tamen pecuniam fœnebrem licitè sumere possunt.

DE C I S I O hæc expressè traditur in *l. principalibus 33. & l. seq. ff. de rebus cred. tex. notab. in l. 3. C. Si cert. pet.* Cuius hæc sunt verba. Eos qui officia administrant, neque per se, neque per suppositas personas impore officij sui, in provincia fœnus agitare posse, sæpe rescriptum est. Ratio prioris decisionis duplex est: prima est, ne præsidēs quæstus studio à curâ provinciae administrandæ auocentur. *arg. l. milites agrum. ff. de re milit.* Altera ratio est, ne per concussionem seu impressionem vel metu potestatis, subtrahantur commercium aliquod exercere, & sic inuiti res suas alienare cogantur *l. penult. C. Quod met. causa.* Ratio posterioris decisionis, quæ pertrahitur præsidibus provinciarum mutuum sub fœnore accipere, hæc est, ne subsidium inopiæ præsidibus auferatur, quod illis videretur eripi, si non possint ad subleuandas suas necessitates mutuam pecuniam sub vluris accipere. Aduersatur grauitè huic decisioni *l. quisquis C. Si cert. pet.* ubi iudices & magistratus prohibentur sub pœna exilij mutuum accipere, quæ pœna in illi irrogatur qui mutuum accepit, quam qui dedit. Resp. Præsidibus provinciarum, aliisque magistratibus mutuum accipere, item fœnori pecuniam sumere non licet à litigantibus, seu ab iis inter quos iudicant, ne litigantes prætextu mutui leges & iudicia redimere tentent, neve iustitiam quæ iustis administrari debet, pretio corrumpant. Ab aliis verò apud se non litigantibus possunt magistratus mutuam pecuniam, vel sub fœnore tutò accipere, quia hoc casu cessat suspicio corrupti iudicii. Præterea fieri potest, ut intelligat præses provinciae pecuniâ, quam nisi poterit fœnori accipere, quomodo minuetur & labefactabitur ejus dignitas, & subsidium inopiæ ei auferetur. Ita respondent *Donel. ad l. præsidis 34. ff. de reb. cred. Pacius ad l. 3. n. 9 C. Si cert. pet. & cent. 3. Enantiop. quæst. 76.* Aliter respondet *Alia. lib. dispunct. c. 22.* qui tradit eam *L. procedere in speciali casu, quando scilicet quis præsidì vel magistratui ambienti honorem vel dignitatem, pecuniam mutuam dedit, quo facilius eum honorem consequatur pecuniæ interuentu.* Vnde eo casu uterque & ipse creditor mutui dans, & præses mutuum accipiens exilij pœna coercetur.

Secundò videtur obstat *l. præsidis ff. de reb. cred.* ubi officialibus & mi-

nistris præsidum permittitur mutuam pecuniam dare, & sænus exercere: Si hoc licet ministris præsidum provinciar, multò magis ipsis præsidibus licere debet. Resp. Ideò licet præsidum & magistratum officialibus mutuam dare & sænus exercere, quia perpetui sunt. Absurdum enim & durum esset, si iis qui semper in officio manent, perpetuò interdicatur commercio mutui, sine quo vita hominum consistere non potest. Quod similiter non iniquum visum fuit in magistratibus Romanis, quia illi temporales erant & annui. Unde & hodie magistratibus nostri temporis, si qui sunt perpetui, cum subditis licet contrahere, mutuam dando, emendo vendendo, aliisque modis. *arg. Auh. licentiam C. de Epis. & cler. l. pen. C. de dona. inter vir. & vx.* Quod eatenus verum est, quatenus de illorum impressione & violenta extorsione seu terrore subditis injecto non apparet *d. l. pen. C. Quod met. caus. Za. ad d. l. principat. bus num. 15. ff. de reb. cred.*

ASSERTIO XLVI

*Minor sine auctoritate curatoris iusiurandum
deferre potest.*

QUÆRITUR an pubes curatorem habens, possit absque eo iusiurandum deferre: Et plerique doctores tradunt, sicut pupillum, ita nec puberem, si habeat curatorem, posse deferre iusiurandum per *l. 4. C. de reb. cred.* Quod non est eis temerè concedendum, cum illud nullo loco sit proditum: quin potius in contrarium traditur in *l. nam posteaquam 9. §. si minor. ff. de iureju.* puberi qui detulit iusiurandū, necessariam esse restitutionem in integrum. Ergo iure detulit *d. §. si minor.* Et ne qua resideat dubitatio in specie *d. §. si minor.* puberem curatorem habuisse, argumentum est, quod iusiurandum detulit in iudicio, quod nullum foret sine curatore. Valet ergò delatio iusiurandi sine curatore facta, quod confirmatur hoc modo. Iusiurandum vim solutionis obtinet, vel potius, cui solui potest, is etiam iuramentum deferre potest *l. 17. §. pen. & l. 21. & 27. ff. de iureju.* At puberi solui potest sine curatore *l. ait pretor. 7. §. 1. ff. de min.* Ergò pubes iusiurandū deferre potest sine curatore, verum utroque casu ei subuenitur restitutione in integrum, si captus sit.

Primò aduersatur, quod minori non permittitur alienatio rerum suarum absque auctoritate curatoris *l. 1. ff. de minor.* Sed dicendum quod in solutione, quæ fit minori, nihil alienat aut amittit minor, ideo quod suum recipit, & accipienti fit acquisitio quædam. Eadem est ratio iusiurandi, quia solutionis loco cedit factæ minori *l. 27. ff. de iureju.* Si tamen nummi salui non fuerint, minor restitui poterit in integrum *l. ait pretor. 7. ff. de mino.*

Secundo

Secundo obstat *l. 3. C. de in integ. rest.* vbi traditur, si minor curatorem habet, & bona sua sine auctoritate ejus vendat, contractum ipso jure non valeat. Resp. Illa lex de venditione impleta & perfecta loquitur, quod scilicet si minor habens curatorem res suas vendidit & tradidit, sine curatoris auctoritate & consensu, ipso jure non valeat venditio & alienatio, quia minor bona sua sine curatore alienare non potest. Cæterum minor habens curatorem, personam suam sine curatore obligare potest, dum modò non sequatur alienatio bonorum *l. puberes 101. de V. O.* Summa hæc est, quod minor etiam curatorem habens personæ suæ respectu se obligare potest, sine auctoritate curatoris, Vnde & matrimoniū rectè contrahere potest sine auctoritate curatoris *l. in copulationibus 8. C. de nupt. l. sciendum 20. ff. de rit. nupt.* Item solui ei potest, & jusiurandum deferre sine curatore potest, sed bona sua administrare aut alienare sine curatore suo non potest. Tertio obijcitur, quod prohibita alienatione bonorum minori, censentur ea quoque prohibita, per quæ peruenitur ad alienationem. Atqui vero ex minoris obligatione valida peruenitur ad alienationem bonorum, si is qui ritè obligatus est, nolit soluere. *l. 5. §. si pupillus stipulanti ff. de reb. eor. qui sub tute.* Resp. Ea alienatio minus periculosa est, quæ non nisi per iudicem & causa cognita fieri potest, & consequenter ita demum si appareat iustam obligandi minoris causam fuisse, nec aduersus eam obligationem restitutio in integrum ex iusta causa postuletur. Ita notat Cujac ad *l. 4. de reb. cred. & d. l. puberes, & lib. obs. 19. c. 33.* A quo dissentiunt Duare, ad *l. de iureiur. c. 10. & Donel. c. 4. G. de in tracta. de contr. stip. c. 7. conclus. 14. & l. Princeps 20. ff. de V. S.*

ASSERTIO LVII.

Fidejussoris iusiurandum Reo prodest.

PROBATVM hæc decisio in *l. in duobus 28. §. 1. ff. de iureiur. in l. vlt. §. si fidejussor. ff. eod.* vbi expressè traditur quod iuramentum à fidejussore exactum, etiam Reo seu principali debitori proficiat, hac addita ratione, quia iusiurandum in locum solutionis cedit.

Sed obijcitur *l. fidejussoris 23. ff. de pact.* vbi dicitur, quod fidejussoris pactum Reo non profit. Resp. Iusiurandi major vis & potestas est quam pacti, quia iusiurandum habetur loco solutionis *l. iusiurandum 27. ff. de iureiur.* aque quando fidejussor jurat se dare non oportere, quasi soluisset, prodest hoc iusiurandum Reo principali, ac si reuera soluisset fidejussor. Quod & in acceptilatione receptum est, nam hæc duo, iusiurandi præstatio & acceptilatio

ceptilatio vim & effectum solutionis habent. l. & per iurandum 13. §. si fidejussor ff. de iureju. Sed pactum fidejussoris ideo non prodest, quia nullam ponit solutionem interuenisse, imò pacto de non petendo interpolito, fatetur quis se debere, quod cum creditor illi tantum remittit, non debet ista liberalitas aliis prodesse. Sed quæritur, an cum iuramentum fidejussoris profit ideo, an etiam fidejussor jurans habeat regressum in seum. Et verius est, eum non habere regressum, quia ad regressum vera solutio est necessaria, nam fidejussor contra seum reuerti non potest, nisi probet veram solutionem. Ita decidunt Accurs. Bart. Iason & Costal. ad d. l. in duobus §. 1. ff. de iureju. per text. in l. si verò non remunerandi 12. in princ. ff. manda. Nec obstat, quod iuramentum succedat in locum solutionis, hoc enim verum est, quoad creditorem & debitorem jurantem, non autem quoad alios. Vide Cujac. de hac questione lib. obseru. 22. c. 7.

ASSERTIO LVIII.

Homo Christianus bonâ conscientia iuramentum præstare potest.

IVS IVRANDVM est inuocatio nominis diuini, quâ petimus vt Deus sit testis nostræ affeuerationis, & puniat fallentes. Porro quoties iurandum adhibetur ad confirmationem veritatis, licitè & legitime à Christiano præstari potest. Omne enim iurandum quod ad stabiliendam veritatem tendit, quodque vel gloriæ Dei promouendæ, vel proximorum saluti adiuuandæ feruit, à Deo est approbatum, ideoque omninò seruandum. Probatur hoc auctoritate sacræ Scripturæ. Primò quia legitimum iurandum verbo Dei sancitur & iubetur. Sic enim *Deutero. 6.* scriptum extat. Dominum Deum timebis, & illum coles, iurabisque per nomen ejus, & *Deutero. 10.* Dominum Deum tuum time, & ei serui, adhære ei, & jura per nomen ejus. Huc pertinet quod propheta David *Psal. 15.* inter notas & indicia pij viri refert, si quis firmiter & inuiolatè iuramentū custodiat, dum inquit: Quis habitabit Domine in tabernaculo tuo, aut quis requiescet in monte sancto tuo? Qui iurat proximo suo, & non decipit. Idem comprobatur *Psalmo 63.* dum ait propheta: Rex autem lætabitur in Deo, & gloriabitur quisquis iurat per eum, vbi inter cultores Dei censentur, qui iurant per nomen ejus. Idem confirmat Apostolus Paulus *ad Hebræ. cap. 6.* hisce verbis. Omnis controuersia finis est iurandum, ad confirmationem veritatis adhibitum. Secundò hæc decisio inde comprobatur, quia à sanctis in veteri & nouo Testamento iurandum recte est adhibitum & vsurpatum. Sic *Genes. 12. vers. 24.* habetur. Dixitque Abraham

braham Regi Abimelecho, ego jurabo. Item *Iosue 9. vers. 15.* Iosue pacem
erit cum hostibus, & principes cœtus iurauerunt eis. Adhæc *1. Samuel. 24.*
vers. 22. Iuravit David Sauli, quod non excindet semen ejus, neque delebit
omen ejus de domo patris sui. Denique in nouo Testamento, Apostolus
Paulus jurat, *Rom. 1. vers. 9.* hac formâ: Testis est mihi Deus, cui serui-
o spiritu meo in Euangelio Filij ipsius, quod indefinenter meminerim vestri.
Item *Galat. 1. vers. 20.* In iis quæ scribo vobis, ecce coram Deo non mentior,
et etiam est jurisjurandi formula.

Contia hanc sententiam insurgunt Anabaptistæ, & asserunt iuramenta
Christianis omninò esse interdicta, & hoc modo turbant vincula politici-
dinis. idque probare conantur ex *Matthæi cap. 5. vers. 34.* vbi ita habetur.
Ego verò dico vobis ne juretis omnino, neque per cœlum, quia thronus Dei
est, neque per terram, quia scabellum pedum ejus est. Esto autem sermo
vester, etiam etiam, non non, quod vero supra hæc redundat, à malo est.
Item affirmatur *Iacobi 5. vers. 12.* hisce verbis. Fratres mei neque iurate per
cœlum neque per terram, neque aliud vllum jusjurandum. Sit autem ve-
rum est est, & non non, ne in condemnationem incidatis. Resp. His te-
monijs non omnia, sed temeraria, friuola, & non necessaria iuramenta
prohibentur. Hoc declaratur aperte ex scopo Christi, qui veram legis sen-
tentiam de juramentis à corruptelis Phariseorum vindicans, non tantum
perjuriam, sed & leuia ac temeraria iuramenta, in quibus vel directo vel indi-
recto nomen Dei, sub appellatione creaturarum exprimitur, arguit & con-
demnat. Nam Pharisei obliqua sua iuramenta eo prætextu excusabant, quia
et temerè per cœlum & terram jurarent, & fidem fallerent, tamen asse-
rent se perjuros non fieri, quia nomen Dei in juramento non expresserant.
Christus ostendit etiam tunc jurari per nomen Dei, cum cœlum & terra
dominantur, quia nulla est pars mundi vel creatura, cui non Deus insculpsit
gloriæ suæ notam. Deus enim non verba sed mentem & sententiam con-
siderat, sicut ipse Christus *Matth. 23.* de hisce temerariis jurisjurandi formulis
vers. 16. 17. 18. & sequentibus disertè & luculenter testatur. Eadem est Apo-
stoli Iacobi sententia.

Sed contra solutionem instatur. Atqui Christus inquit, ne juretis omni-
o. Ergo omnia iuramenta Christianis sunt interdicta. Resp. Fallacia est
compositionis & diuisionis. Particula enim vniuersalis omnino, non ad ver-
um juretis, sed ad temerarias jurandi formulas est referenda, quasi diceret
Christus, omnino non iurate neque per cœlum, neque per terram, vel aliis
obliquis & indirectis modis, quibus Dei majestas non minus læditur, quam
directis modis jurandi, dummodo superuacuo, in vanum, & temere juretur.
Christus ergo futilia superuacanea & temeraria tantum iuramenta damnat,

L

quæ

Quæ iustæ necessitati non seruiunt, neque ad proximi salutem vel Dei gloriam Pertinent. Alioquin iuramenta quæ illustrent gloriam Dei, vel ad propriam aut proximi salutem conseruandam pertinent, si sanctè reuerenter & sobriè ad veritatis confirmationem adhibeantur, licita, & omninò humane societati ad finiendas lites & contiouersias vtilia sunt, & necessaria, quia hoc modo Christus & Apostoli eius saepe iurarunt. Hoc etiam licet ab Ethnicis, tamen graui scriptore, scilicet Hecrate in orat. ad Demonic. comprobatur, vbi inquit. Iusiurandum si postulabitur, duabus de causis dabis, vel vt te turpi crimine liberares, vel vt amicos è periculis eripias.

Tertio ex iure ciuili adfertur argumentum in contrarium, ex *l. quæ sub conditione 8. ff. de cond. inst.* vbi traditur quod si alicui sub conditione iusiurandi legatum vel fideicommissum relinquitur, si videlicet juret se aliquid daturum vel facturum, quod iuramenti conditio ei remittatur à Prætorè. Resp. Ideò Prætor remittit conditionem iusiurandi in eo casu, quia jurari nullius interest, dummodò is, qui jurare iussus est, voluntati testatoris pareat, & absque jurejurando, exequatur vel faciat illud, quod testator jurejurando præstito dari vel fieri voluit.

ASSERTIO LIX.

Iuramenta per vim & metum extorta, etiam à maioribus 25. annis nullius sunt momenti.

SACRAMENTA per vim extorta à prædone, nullius sunt momenti, nec etiam verbo Dei necesse est ea seruare. Hoc imprimis nominatim constituit Imper. Fridericus in *Auth. sacramenta puerum c. Si aduersus vend.* Idem jure Canonico confirmatur in *c. cum contingat, in fi. ex. de jurejur.* vbi traditur iuramenta vi & dolo præstita non esse seruanda. Eandem sententiam manifestè confirmat *c. abbas. ex. de his quæ vi met. cau.* vbi dicitur quod renunciatio beneficii per metum facta ipso jure non valet, etiam accedente juramento Confirmatur hæc quoque assertio, clarissimè per *c. requisitum 17. ex. de sponsal.* vbi statuitur matrimonium metu contractum ipso jure non valere, etiam interposito juramento. Denique euidenter hæc definitio comprobatur per *l. si mulier 21. §. si dos. ff. Quod met. cau.* vbi traditur quod dotis promissio per metum extorta ipso jure non valet. Facit huc testimonium à Cicerone in *Officiis libro 3* proditum, videlicet non teneri eum periurio, qui pretium prædonibus pro capite pactam non attulerit, ne si juratus quidem id non fecerit. adducto illo versu Euripidis ἡ γλῶσσ' ὀρκωμένη, ἡ δὲ φρὴν ἀνώνωτο, id est, lingua iurauit, mentem injuratum gerit.

Sed

Sed aduersam partem defendunt doctissimi Icti. pariter & Theologi, qui volunt omne iusiurandum etiam per vim à prædone & latrone extortum, esse seruandum, si de re priuata & jure proprio jurantis agatur. Quæ sententia notis sacræ Scripturæ locis defenditur, & manifesta ratione stabilitur. Imò pro ista decisione confirmanda facit generale præceptum Decalogi, ne prohibemur nomen Domini temerè & in vanum frutraq; usurpare. Deinde apertè eandem sententiam comprobatur *Psal. 15.* ubi inter notas, quibus viri boni designantur ex verbo Dei, hæc vna recensetur, quod quis juramento proximo suo, & non mutat iuramentum etiam cum damno suo. Præter hæc firmissima ratio pro contraria sententia adfertur. Omne iuramentum licitum, quod sine peccato seruari potest, est seruandum *c. cum conuincatur in fin. ex. de iur. ju.* Atqui qui prædoni etiam metu coactus jurat, hic iurato promittit de re sua, & de quo per leges pacisci licet, neque obseruatio huius promissi habet quid turpe & cum delicto coniunctum, quia licet vniuersique & sine iureiurando de re sua pro arbitrio statuere. Vnde colligitur hoc genus iusiurandi esse seruandum.

Huic argumentis & obiectionibus respondetur, quod loca illa sacræ Scripturæ, quibus traditur nomen Dei non esse usurpandum temerè, item iuramentum bonum id quod iurauerit, non debere mutare, cum hac exceptione sunt accipienda, dummodò iusiurandum sit licitum, aut dummodò id quod promittitur, non sit turpe & contra bonos mores, quo scilicet præstito Deum magis offendas, & nomen vel præceptum eius violes. Iuramentum enim contra bonos mores præstitum non est obligatorium *c. non est. de R. I. in 6.* Item iusiurandum non debet esse vinculum iniquitatis *c. quanto ex. de iur. ju.* Atqui vt quis cogatur præstare latroni, quod per vim vel metum extortum est, hoc turpe est, & contra bonos mores, ideoque iusiurandum tale iurantem non obligat. Quod autem turpe sit, comprobatur hisce duabus rationibus. Primo quia qui latroni dat promissum vi extortum, facto suo vim & metum, nec non latrocinia & rapinas comprobatur: hoc autem facere est contra bonos mores *l. nihil consensui. 116. de R. I.* Deinde inhonestum est, latroni aliquid tanquam latroni dare. Nam prædo propter vim publicè male meritis, dignus est qui egestate publicè laboret, non qui lucrum ex improbitate sua faciat, *l. bona fides 31. ff. de pos.* ubi dicitur, quod malè meritis publicè veluti prædo, vel capitalis iudicii reus, vt aliis exemplo ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet. Vera itaque & firma manet hæc sententia, etiam suffragante verbo Dei, Sacramenta per vim & metum extorta etiam à maioribus nullius esse momenti. Ita eleganter decidunt *Donel. lib. 20. com. c. 13. Pacius 21. ad l. 2. nu. 13. C. de reb. cred. cent. 3. & avhoφ. quæst. 80.* Dissentiunt *Petrus Martyr clas. 2. locor. commun.*

c. 13. in quæst. An fides latronibus data sit seruanda. *Danzus in Ethica Christiana Duare.* in methodica tractatione, *de Iurejur. c. vlt.* qui omnes tradunt juramentum à prædone per vim extortum esse seruandum *Fachin. lib. 8. contra. Iur. c. vlt.* rem hac distinctione componit, quod juramentum vi metuve extortum obliget quidem in foro conscientiæ, sed non in foro externo ita ut propter hanc promissionem vi extortam apud magistratum conveniri promissor possit.

ASSERTIO LX.

Promissio per fidem Christianam facta, jurejurando equiparatur.

ANCEPS & dubia est quæstio. An promissio sub fide facta, ut puta si quis promiserit sub fide sua se aliquid daturum vel facturum, æquiparetur juramento. Est statuendum videtur fidei interpositionem juramento æquipollere: quia passim in jure hæc duo æquiparantur, & à pari procedunt, juramentum scilicet corporale, & fidei præstatio, seu promissio sub fide facta text. sunt in *c. ad aures ex. De his quæ vi met cau.* in verbis nisi forte juramento vel fide interposita; *c. peruenit 3. ext. de jurejur.* in verbis, si promissum tuum juramento, vel fidei obligatione interposita conditione firmalles. Idem probatur in *c. peruenit, in fin. ext. de fidejuss.* in verbis si fidei religionem & juramentum eos violasse non constiterit, ubi eadem sunt & æquipollentia, venire contra fidem promissam & contra juramentum. Huc accedit, quod Deus inter simplicem loquelam seu sermonem nudum, & juramentum non facit differentiam. *c. juramenti. 22. quæst. 5.*

Sed opponitur *l. qui per salutem 33. ff. de jurejur.* ubi si quis juret per fidem ac salutem suam, non habetur pro eo, ac si per Deum jurasset. Resp. Observanda hic est & sequenda distinctio *Alciati* tradita in *l. si quis major 14. in verb. innocato. C. de transact.* Aut quis promissit per fidem Christianam, aut simpliciter per fidem suam. Priori casu accipitur pro vero & legitimo juramento, habentque in tali formula promissionis, contra eum qui fidem datam violavit, omnes pænæ perjurii locum *d. l. si quis major. in fin. C. de transact. c. querelam. Ne prælati vices suas &c.* Posteriori verò casu, quoad promissionis observantiam censetur quidem jurasse, ita ut hoc respectu par sit efficaciam sub bonâ fide facta promissio, cum juramento reuera præstito. Quoad pœnam verò differunt, quæ non perinde incurritur fractione fidei atque juramenti. Grauius namque & durius punitur violator juramenti, quam simplicis fidei & promissionis. *Gl. in c. penult. in verb. quod promissit, de jurejurando.* In pœnalibus enim, ut puta in pœnâ perjurii, fieri debet restrictio.

c. odia

dia de R. I. in 6. Approbat hanc distinctionem *Fachin. lib. 1. contro. c. 12.* nē notissimā consuetudine Germaniæ receptum est, quod quando Principes illustres vel nobiles personæ aliquid promittunt sub principali vel nobilitatis fide, *key Ihren fürstlichen oder adelichen ehren vnd trauwen, oder guten ruben.* quod hoc in omnibus vim iurisiurandi obtineat. Ita in Camera Imperii iudicatum esse notant *Minsf. cent. 1. obseruat. 17. Gail. lib. 2. obsf. c. 59.*

ASSERTIO LXI.

Actori in infinitum jurare licet, quando iuramentum in litem præstat.

QUOTIES defertur actori iurandum in litem, quod sit cum agit ad restitutionem vel exhibitionem rei suæ, actione in rem vel in personam, & dolo vel contumacia aduersarii res ei non restituitur, tunc actor iurejurando in litem, rem de qua agitur æstimat pro suo arbitrio, sine ulla taxatione iudicis, vnde & hoc vocatur iuramentum affectionis. *tex. sunt in l. 2. §. 1. §. 3. & l. 8. ff. de in litem jur.* eò quod actor jurat tanti se rem in iudicium deductam æstimare, quanti sua in eam rem illi dictabit affectio. Itaque quoties per iurandum in litem res æstimatur, tunc quantitas intra quam iuratur, non taxatur à lege, sed in infinitum jurari potest. *l. qui restituere. 68. de rei vend.*

Sed aduersatur huic decisioni *l. 4. §. jurare, & l. 5. §. 1. ff. de in lit. jur.* item *l. 3. §. præterea ff. Ad exhib.* vbi traditur, quod iudex potest modum iurejurando adjicere, vt intra certam quantitatem juretur, ne arrepta occasione in immensum juretur. *Resp.* Dupliciter. Primò quod quantitas intra quam iuratur, non taxatur à lege, sed taxatio committitur arbitrio iudicis, qui definit quantitatem, intra quam jurare liceat. Secundò dicendum, quod actori qui in infinitum jurare liceat, quanti rem suam æstimet, hoc est nullus certus modus æstimationis in ea re à lege præscriptus & taxatus est *d. l. qui restituere.* Illud enim dicitur in jure infinitum quod Græcè *ἀόριστον* appellatur, quod certo tempore & modo non est finitum *l. vlt. C. de SS. Eccles.* Attamen in immensum, hoc est, vltra probabilem & æquum modum non licet iurare. Immensum enim est, quod modum nimis excedit, & in quo nimium actor affectui indulget. vtpote si quis rem viginti tantum dignam, mille aureis æstimet. Itaque si in immensum juretur, tunc pro arbitrio suo iudex taxationem iurejurando præscribet, & certam summam præfiniet, ad quam actor iurabit. Approbat, & sequitur *Faber de error. pragmat. decade 18. erro. 9.*

Secundò objicitur *l. 4. §. item videndum. ff. de in lit. jur.* vbi traditur, quod

L 3

iudex

iudex potest cum contra quem iuratum fuit, absolueret, vel minoris condemnare, quam aduersarius dato iureiurando rem aestimauerit.

Cui legi iterum obstat *Auth. post iurandum C. de iudic.* ubi sancitur quod post iurandum præstitum non licet iudici amplius taxare, sed necesse habet iudex secundum quantitatem qua iuratum fuit, condemnare. Distinguendum est inter iuramentum affectionis, & iuramentum veritatis. Quando præstatur iuramentum veritatis, ut quando actor iurat se tot expensas in lite fecisse, huic iureiurando oportet stare, nec potest illud retractari, ne periurii arguatur is qui iurauit *l. quod si deferente 31. ff. de dolo. l. aduersus 15. ff. de doli except.* de quo iuramento loquitur *d. Auth. post iurandum.* Quoties verò præstatur iurandum affectionis, ut in iureiurando in litem accidit, hoc retractari potest, quia tunc non arguitur periurii is qui iurauit, sed immodicæ affectionis quam habuit erga rem, de qua iurauit, à iudice moderatio adhibetur.

Tertiò obicitur *l. vnic. C. de sent. qua pro eo quod interest &c.* quia cauetur, non licere actori in aestimando id quod interest, excedere duplum rei in obligationem aut petitionem deductæ. Resp. Hoc iurandum in litem non de eo quod interest actoris, præstatur, sed definit quanti actor rem aestimat pro arbitrio & affectu suo: quæ res inter se ut contrariæ opponuntur *l. tutor. ff. de in lit. j. r. l. non a iudice ff. de iudic.* Præterea in hoc iureiurando contumacia non restituentis punitur tanquam delictum: sed *l. vnic. C. de eo quod interest*, ad casus incertos, in quibus versatur delictum, non pertinet.

ASSERTIO LXII.

Filiisfam. SC. Macedoniano renuntiare non potest contra ZAZIVM.

CAVTVM est SC. Macedoniano, ne creditoribus liceret filiisfam. mutuas pecunias dare, ita ut si quis filio in patria potestate constituto mutuas pecunias dederit, ei neque in patrem, neque in filium etiam patria potestate liberatum nulla competat actio. Huic SC. causam dedit improbus fœnerator Macedo, qui flagitiosè adolescentibus filiisfam. pecuniam ad quemuis luxum incertis nominibus credebat, sic ut tandem filii ære alieno obruti, in quoduis flagitium, ac mortis etiam paternæ cogitationem impellerentur, quod ipsi egentes & creditorum improbo fœnore exhausti, hæreditatem paternam creditoribus in solutum cedere possent, §. *penult. Inst. Quod cum eo qui in aliena potest.* Cui malo salubre remedium inuentum est SC. Ma-

C. Macedoniano, denegata creditoribus mutui actione seu exactione *l. 1. ad SC. Maced.* Melius enim est iuueniles calores coarctari, ne libidini de-
 i tristem sortiantur exitum, qui eos post diffusum extet patrimonium *l. 1. in flum, 8. §. filius autem familias. C. de bo. quæ liber.* Disputatur autem
 riter à DD. utrum huic SCTo. filiusfam. renuntiare possit. Et non posse
 m renunciando beneficium huius SC. amittere, communi DD. calculo
 ceptum est. Ita notant *Gl. & Bart. ad l. tamen si, ff. ad SC. Maced.* quos
 è reliqui DD. cateruatim sequuntur. Confirmatur hæc decisio duobus
 rtissimis argumentis & textibus. Primò probat hanc sententiam, quod
 oc SCTum respiciat utilitatem publicam, ne videlicet filiorum mores, pe-
 nia mutua supra probabilem modum illis credita, & ita luxuriæ causa sub-
 ministrata, pessimo exemplo corrumperentur. *l. 1. ff. ad SC. Maced.* Ideo-
 ne priuatorum pactis, huic juri utilitatis publicæ causâ statuto & introducto
 nuntiare non potest, *l. juris gentium 7. §. si paciscar. ff. de pact.* Secundò sta-
 lilitur hæc conclusio per *l. tamen si 11. ff. ad SC. Maced.* ubi traditur filium-
 m. posse opponere hanc exceptionem post sententiam. Itaque cum om-
 es exceptiones debeant regulariter opponi ante sententiam, & allegatio
 ujus exceptionis admittatur nihilominus post sententiam, cum jam tem-
 us proponendis exceptionibus præfinitum, elapsum sit, hinc consequitur
 iumfam. non posse tacitè exceptioni Macedoniani renuntiare, dum sciens
 alius est tempora proponendæ hujus exceptionis elabi & effluere. Ergò nec
 xpressè filiusfam. renuntiare poterit huic SC. quia citi & expelli eadem
 st virtus *l. 3. ff. de reb. cred.* Hæc sententia, quod filiusfam. beneficio SC.
 Macedoniani renuntiare non possit, communiter est à DD. recepta, ut atte-
 untur *Gomez. tomo. 2. varia. resolut. c. 6. num. 2. Fa hin. lib. 2. con. ro. c. 61.*
 aqua tamen discedit *Zazius lib. 2. sing. resp. c. 18.* Tria ejus argumenta præ-
 ipua sunt hæc. Primum est. Pares sunt exceptiones SC. Vellejani & Ma-
 edoniani. Sed mulier renuntiare potest SC. Vellejano *l. ult. §. penult. ff.*
ad SC. Velleja. Ergò & filiusfam. Macedoniano SCTo. renuntiare potest.
 resp. Dissimilia hæc sunt: Nam SC. Vellejanum introductum est in fa-
 iorem mulierum intercedentium, atqui quilibet potest favori pro se intro-
 ducto renuntiare *l. penult. C. de pact.* At SC. Macedonianum sancitum est,
 t prospiciatur bonis moribus juvenum, ne videlicet illi creditorum fraudi-
 bus & insidiis corumpantur, dum illis ad turpem luxum pecunias submini-
 trant. Itaque cum hoc SCTum commodo publico consulat, nequaquam illi
 acto seu renuntiatione filiusfam. derogare possunt. Huc accedit, quod SCTo
 Vellejano nuda causâ bonorum contineatur. Macedoniano vero SC. scele-
 um causæ, mali mores, pessima exempla, fœdæ bonorum dilapidatio-
 acs patricidii metus, & alia id genus, atrocia delicta præcauentur.

Sape

Sæpe enim hac occasione vsuuenire videmus, vt obrutus ære alieno, & deliciis, compositionibus, scortationibusque assuetus, & flagitiosam vitam degens filius ante diem patrios inquirat in annos. Quod & comprobat Imp. Iustinianus in §. ult. Inst. *Quod cum eo qui in alie. potest.* vbi ita dicit. Quæ ideo senatus prospexit, quia sæpè onerati ære alieno creditarum pecuniarum filiosfam. quas in luxuriam consumeabant, vitæ parentum insidiabantur.

Secundum argumentum hoc est. Filiusfam. in foro conscientiæ, vt vocant, peccat mortaliter, si mutuum non restituat. Ergò renuntiare potest exceptioni, quam habet ex SCto Macedoniano. Ita tradit Innoc. in cap. *quæ plerique ex. de immunitate Ecclesie.* Resp. Aut filius ob justam & probabilem causam mutuum accepit, & in necessarias vilesque causas pecuniam mutui exposuit, & hoc casu bonâ conscientia hac exceptione uti non potest, liciteque illi renuntiat. text. sunt notabiles in l. in pupillo 47. §. fin ff. de solut. l. Macedoniani C. ad SC. Maced. Aut ob nullam justam causam filius mutuum accepit, sed in vanos, superfluos & inutiles vsus pecuniam expendit, & hoc casu bona conscientia hac exceptione uti potest, illique frustra & inutiliter renuntiat. Ita decidunt Panorm. in d. c. quia plerique de immu. Eccles. Emanuel à Zoarez. in addit. ad Gomez. to. 2, c. 6.

Tertium argumentum à Zazio tale adfertur. Odiosa est exceptio SC. Macedoniani, & in odium creditorum filiosfam. fœnerantium introducta l. qui exceptionem 40. ff. de cond. indeb. Ergo ei renuntiare potest, quia odia restringi & coarctari debent. c. odia, de R. I. in 6. Resp. Negando consequentiam, quia si renunciari posset huic SC. inanis esset prouisio legis, & filiorumfam. nequitia & corruptioni magna fenestra aperiretur, & occasio delictorum inde nasceretur, vnde iustitia & æquitas expectari deberet, quod præcatere in animum induxerunt legislatores. Vnde quod recta via fieri prohibetur, id non debet indirectè & per obliquum admitti. c. cum quid vna. de R. I. in 6.

ASSERTIO LXIII.

Sequestratio regulariter jure prohibita est.

CONFIRMATUR hæc assertio per l. vnic. C. de prohib. sequest. pecu. cnius hæc sunt verba. Quoties ex quolibet contractu pecunia postulatur, sequestrationis necessitas conquiescat. Oportet enim primò debitorem conuinci, & sic deinde ad solutionem pulsari. Qua lege cauetur, ne pecunia, quæ aliqua conditione seu actione personali petitur, sequestro deponatur. Vt puta si petam abs te pecuniam ex mutuo, vendito, vel stipulatione, non possum te cogere, vt pendente lite deponas eam pecuniam apud iudicem.

Ratio

Ratio duplex est, quia primò conuincere oportet debitorem, tum cogitur sol-
l. negantes 9. C. de obligat. & actio. Interim non est pe-
 mittaenda seque-
 stratio, quia ab executione non est inchoandum iudicium *l. 1. C. de execut.*
aud. Altera ratio est, quia pendente lite commodò suæ possessionis nemo
 mandus est. *c. 1. ex vi lit. pend. nih. inno. l. ult. C. de rei vend.* Est autem
 sequestratio, depositum, quo à pluribus in solidum alicui res litigiosa vel ex
 pectum consensu, vel officio iudicis custodienda committitur, ea lege, vt
 tota ea res reddatur. *l. proprie 6. l. l. cet 17. ff. de pos. l. sequestrat 110. ff. de V.S.*
 Primò regulariter, vt dixi sequestratio prohibita est, quia possessor pendente
 lite non debet à sua possessione remoueri. *c. 2. ext. de sequ. possess.*

Opponitur primò *l. si fideiussor 7. §. ult. ff. Qui satisd. cog.* vbi traditur,
 quod si petatur res mobilis, & persona suspecta sit, tunc apud Præto-
 rem de-
 positi & sequestrati debet. Resp. Eo nemum casu admittitur sequestratio, si
 petatur res mobilis, & possessoris fides suspecta sit de fuga vel dilapidatione,
 & non satisfidet iudicio listi, vel iudicatum solui, tunc enim res pendente lite
 sequestratur. *d. l. 7. §. ult.*

Secundò obicitur *l. Imperatores 21. §. ult. ff. de appellat.* vbi deciditur, quod
 si quis qui ab aduersario diripiuntur, pendente appellatione sequestro po-
 nendi sunt. Resp. Quoties à sententia appellatum est, tunc si possessor con-
 demnatus appellauit, fructus agri sequestrantur, possessione apud appellan-
 tem manente. *l. ab executione C. Quor. app. non recip.* Si verò petitor condem-
 natus appellauit, fructus non sequestrantur, nisi depopulentur ab aduersario
l. Imperatores §. ult. ff. de appel. Cuiac. lib. 5. sent. Paul. c. pen. ult.

Tertiò opponitur *l. si cum dote 22. §. si verò ff. Solut. matr. & l. in rebus 30.*
in. C. de iure dot. vbi sequestratur dos, si maritus dissipet dotem, & vergat
 in opiam. Resp. Tunc demum dos sequestratur constante matrimonio,
 & constat rebus mobilibus, vel fructus prædiorum dotalium, si maritus eos
 dissipet, & incipiat labi facultatibus, ad hoc vt mulier ex ea dote habeat com-
 pensationem solatium vna cum sua familia. *d. l. si cum dote. §. si verò.*

Quartò aduersatur *l. si cuius 13. §. sed si inter. ff. de usufruct.* vbi sequestra-
 tio admittitur, quando inter duos de alicuius fundi possessione controuersia
 est, & vterque vult fructus percipere, & periculum est, ne vtraque pars vi pos-
 sessionem inuadat, & sic ad arma & rixas litigatores procedant, tunc iudex in-
 terim fundum cum fructibus sequestrabit, donec de possessione lis finem ac-
 ciat. Resp. Hæc sequestratio tum demum procedit, quando dubium est,
 uter litigantium possideat. At vero cum certum est alterum tantum possi-
 dere, tunc si aduersarius moueat illi questionem possessionis, iudex non debet
 sequestrare fundi possessionem cum fructibus, sed interdicet sub certa pœna
 aduersari parti, quæ non possidet, ne possessorem impediatur vel turbet in sua
 M
 quicta

quietâ possessione arg. l. 1. ff. *Ne vis fiat ei qui in pos. mis. l. penult. ff. de aqua quotid. & ast.* Quæ opinio summâ æquitate fundatur, alioqui enim posset quilibet per malitiam fingere rixam & turbas imminere, ut aduersarius commodo possessionis priuaretur, malitiis autem hominum non est indulgendum. l. in fundo 38. ff. *de rei vend.* Ita eleganter tradit *Ferra. in pract. in for. sequestr. num. 3.* Plures casus, quibus licita est sequestratio, vide apud *Gl. in c. 2. ex. de sequ. poss. & Coras. lib. 3. misc. c. 2. Robert. lib. 1. sentent. iur. c. 5.* Denique notandum vnicum esse remedium euitandi sequestrationem, si videlicet is, contra quem sequestratio petitur, paratus sit satisfacere, id est fideiussores dare, de iudicio fisci, vel de re petitâ conseruandâ integrâ, l. vlt. C. *de ord. cogn. l. litibus, C. de agric. & cens. lib. 11. l. SCto 16. ff. de off. pras. l. si fideiussor. 7. §. fin. ff. Qui satisfac. cog.* Vide de requisitis sequestrationis plenè apud *Minsing. centur. 5. obser. 35. & cent. 2. obs. x1. Andr. Gaul. lib. 1. obser. c. 148. & c. 12. de Arrestis imperij. num. 1.*

ASSERTIO LXIV.

Pro re apud sequestrum depositâ, finitâ sequestratione restituendâ, competit deponentibus actio depositi sequestraria.

SEQUESTRATIO est rei litigiosæ à duobus vel pluribus apud sequestrem facta depositio, eâ conditione, ut tamdiu, dum lis durat, eam custodiat, & postea victori reddat, l. sequester. 110. de V. S. l. 5. §. 1. l. 6. 17. & penult. ff. *de pos. l. 9. §. Labeo. ff. de dolo.* Hac sequestratione finitâ, datur sequestro deponenti ad rem sequestratam restituendam, actio depositi sequestraria. Eaque actio datur vel victori lite finita, vel illi qui conditionem impleuit, sub quâ sequestrum factum est, contra sequestrem, qui rem custodiendam accepit. tex. in l. propter 5. C. *de pos. & in l. 5. §. 1. l. si in Asia 12. §. cum sequestre ff. eodem d. l. 9. §. Labeo. ff. de dolo.* Porro tunc demum competit actio depositi sequestraria, cum duo vel plures apud sequestrem rem aliquam deponunt. Caterum si vnus solum deponat, agetur vulgari actione depositi, quia tunc non est sequestrarium, sed vulgare & simplex depositum. l. si apud 18. ff. *de prescript. verb. Pacius ad l. 5. C. depositi.*

Sed cum hac sententia pugnat d. l. si quis. 9. §. Labeo. ff. *de dolo.* vbi traditur ex sequestratione competere actionem præscriptis verbis, contra sequestrem. Resp. Tunc demum competit actio depositi sequestraria, cum sequestrum perfectum & impletum est, hoc est, cum lis finem accepit per sententiam, vel conditio sub qua sequestratio facta est, adimpleta est. Actio enim sequestraria victori tantum datur, vel ei, qui conditionem sub quâ sequestra-

sequestratio facta est, adimpleuit *d. l. 5. §. 1. ff. de pos.* At ubi per alterum ligatorum stat, quo minus lis finem accipiat, tunc quia conditio sequestrandi impleta est, competit præscriptis verbis actio contra sequestre.

§. *Labeo.*

Secundò obstat *l. si gratuitam 17. §. ult. ff. de præscript. verb.* ubi agitur actione præscriptis verbis contra sequestre, qui annulos depositos victori non reddit, etiam conditione depositionis impleta. Resp. Ibi non est propriè sequestrum contractum, quia una res duntaxat, eaque litigiosa apud sequestrum deponitur. At ibi duo sponsones certantes singuli annulos ea lege deposuerunt, ut victor pro præmio victi annulum auferret: quo casu non est propriè sequestrum contractum, quia in sequestro una tantum res eaque litigiosa deponitur. At ibi nulla de annulo lis mota erat, neque una tantum res posita erat, sed duo sponsones certantes, ea lege singuli annulos deposuerunt, ut victor pro præmio victi annulum auferret. Quo casu quia non est propriè sequestrum, tutius est præscriptis verbis experiri *l. si apud 18. ff. de p. scr. verb.* Eleganter *Forner. ad l. sequester 110. de V. S.* Porro illud obiter notandum ex *d. l. si gratuitam §. ult. ff. de præscr. verb.* Quod quoties duo certant vel sponsonem faciunt pignore aliquo deposito, sub ista conditione, qui victor futurus erit, certam rem ab aliquo lucretur, ex hoc contractu sponsonis vulgò dicto *ein vvedispiell*, competere actionem præscriptis verbis, dummodò causa sponsonis sit licita & honesta.

ASSERTIO LXV.

Deportatus siue excommunicatus mandatum contrahere non potest.

DEPORTATI & banniti, quia ciuilitè pro mortuis habentur, ideò mandare non possunt. Quæ sententia etiam ex eo fundatur & stabilitur, quia deportati post sententiam proscriptionis nihil proprium habere possunt, sed omnia quæcunque acquirunt, ea ipsa fisco acquirunt *l. 2. C. de bon. proscript.* Ergo nihil habent, de quo contrahere possint.

Sed grauius obstat huic sententiæ *l. si mandauero 22. §. is cuius. ff. mandati.* ubi decidit IC. quod is cuius bona publicata sunt, mandare alteri potest, ea sibi emat, & subiungit hanc rationem IC. quia publicatis bonis quicquid postea acquirit, non sequitur fiscum, quæ lex omnino pugnat cum *d. l. 2. C. de bon. proscript.* quæ statuit deportatorum bona etiam post sententiam acquisita, ad fiscum pertinere. Resp. Ex sententia Cuiacii, quod in *d. §. is cuius. ff. manda.* agatur de eo, cuius bona publicata sunt, sine maxima vel media capitis diminutione, ut puta de relegato, non de deportato.

M 2

Deporta-

Deportatum sequitur omnium bonorum publicatio, nihilque sibi acquirere potest, post deportationem quoque, quia omnia fisco acquirit. Aliud dicendum est in relegato, qui non patitur maximam vel mediam capitis diminutionem, unde & relegatus post relegationem bona sibi acquirere potest, & per consequens alteri mandate potest, ut sibi quid emat, vel ex alio contractu acquirat. Ita conciliant *d. l. 2. C. de bon. proscript.* cum *d. l. si mandauero. §. is cuius 13. ff. mandati.* Cujac. ad *l. 8. ff. Qui testam. fac. poss. & al. tit. C. de bon. proscript. in paratit l. & lib. 6. Obser. c. 22.* & nouissimè Fachin. lib. 9. contro. jur. cap. 51. ubi latè & eleganter hanc controuersiam pertractat. His adde Tobiam Nonium in princ. tit. Inst. de testa. ordin. nu. 9. Gothofr. ad *d. l. 22. §. is cuius.*

Secundo obiicitur tale argumentum. Deportati retinent ea quæ sunt juris gentium, licet amittant ea quæ sunt juris ciuilis. *l. sunt quidam 17. ff. de pæn.* Sed mandatum est iuris gentium, sicut & alii ferè contractus omnes *l. ex hoc jure. ff. de iust. & jure.* Ergo deportatus mandatum contrahere potest. Resp. Etsi contractus mandati sit iuris gentium, tamen quia actiones ex contractibus descendentes sunt iuris ciuilis, ideò frustra deportati & exules mandant aliis negotia gerenda, quia ipsi in iudicio agere vel conuenire alios non possunt, cum in ciuitate esse non possint. Eatenus tamen videntur mandatum contrahere posse deportati, quod actionem ex mandato quasi tam aliis cedere & vendere possunt. Idem enim obtinet in excommunicatis, qui quanquam non agant, tamen actiones suas aliis cedere possunt, & cellionario rectè actio accommodabitur. *c. intelleximus ex. de iudic. Glo. sing. in c. 1. §. 1. de jure patro. lib. 6. Costal. ad d. l. 22. §. is cuius. ff. mandati.*

ASSERTIO LXVI.

*Mandatarius ultra id, quod mandati fines excedens,
utiliter gessit, habet actionem negotio-
rum gestorum.*

MANDATARIUS diligenter & præcisè mandati fines obseruare debet *l. cum mandati 12. C. Manda. l. si procurator 10. C. de procur.* Quod adeò verum est, ut quamuis procurator recedendo à forma mandati, fecerit domini conditionem meliorem, nec dum tamen ei comperat actio mandati. Hinc si quis mandauit procuratori suo, ut sibi domum S. janam emeret centum aureis, isque Titianam, quæ longè maioris est pretii emerit eodem pretio vel viliori, tamen non censetur mandatum implexisse, ideòque nec mandati actionem

actionem habebit *l. diligenter 5. ff. Manda.* Sed illud controuertitur ab interpretibus, an si mandatarius excedens fines mandati, utiliter gessit negotia domini, licet non possit agere contraria actione mandati, an tamen negotiorum gestorum actione experiri possit contra dominum. Vt puta si dominus mandauit procuratori suo, ut sibi emeret domum centum aureis, isque pluris emerit, cum tanti valuerit, habebitne pro superfluo actionem negotiorum gestorum? Et dicendum est, verius esse & probabilius, competere procuratori actionem negotiorum gestorum, eo quod utiliter saltem gessit negotia dominusque mandato. per *l. 2. & l. que utiliter 45. ff. de negot. gest.*

Verum huic decisioni grauitur obstat *l. liberto 31. §. liberos. ff. de neg. gest.* ubi dicitur, quod iussus impendere certam summam in extruendum monumentum, si plus impendit, non repetit negotiorum gestorum actionem: Item obstat *l. si creditor 36. §. 1. ff. de peculio.* ubi traditur, si seruus plus impendit rem emendam, quam iussit dominus, id quod plus impendit, dominus addicat, & repetit à venditore. Denique aduersatur *l. ult. C. de neg. gest.* sancitur, quod si quis nolente & prohibente domino negotia ejus gesserit & pecunias aliquas impenderit in ejus negotia, nullam eum habere contra dominum negotiorum gestorum actionem. Resp. Hæc discrepantia leuiter tali distinctione concilianda est. Aut dominus specialiter prohibuit, ne ejus negotia gereret, vel ne domum pluris quam præscripsit, emeret, & hoc casu negotiorum gestorum actio gestori non competit, quamuis rem domini benè gesserit. Hoc Iustinianus vna ex 50. decisionibus in *l. ult. C. de Neg. secutus Pomponii & Iulii Pauli sententiam, in l. si pro te 40. ff. Manda.* definiuit. Aut dominus specialiter non prohibuit ne ejus negotia administraret, vel ne domum verbi gratia pluris quam mandauit, pro eo emerit, vel venderet, & negotium ejus utiliter gestum est, hoc casu verius est actionem negotiorum gestorum competere *d. l. 2. l. Pomponius 9. in verb. quemadmodum quod utiliter gestum est, necesse est à iudice pro rato haberi, & l. que utiliter 45. ff. de negot. gest.* Si verò inutiliter gessit negotia, hoc casu non repetit gestor, id quod impendit. *d. l. liberto 31. §. liberos. ff. de neg. g. §.* Quæ opinio summa aequitate nititur, ne dominus locupletetur cum iniuria & damno gestoris. Ita decidunt *Castrenf. in d. l. ult. Faber Baro & Mins. ad §. qui exequitur. instit. Munda.* Postremo obijcitur *l. 3. §. in bello. ff. de re milit.* ubi dicitur quod qui mandatum ducis non secutus, rem in bello etiam facilius gessit capite punitur. Resp. Hoc procedit in iure belli, quod publicum est, & in quo ob periculum Reipub. ipsius dux punitur, etiam si utiliter preterit gloriæ Imperatoris & facilius pugnaverit. Namque & alias in publicis plebiscitis à priuatis diuerso jure utimur. Sic Manlius Torquatus filium è medio sustulit, quod cum hoste contra præceptum suum dimicasset, hostemque

superasset, satius esse iudicans patrem forti filio, quam patriam militari disciplina carere. *Val. Max. lib. 2. c. 2. de disciplina militari.* Sic etiam Posthumus dictator A. Posthumum filium, quia non suo iussu, sed sua sponte egressus hostes fuderat, victorem feriri securi iussit, ut scribunt *Lucretius lib. 1. Gell. lib. 17. noſt. Attic. c. ult. Val. Maxim. lib. 2. c. 7.*

A S S E R T I O L X V I I.

In vendentis vel ementis arbitrium collatâ emendi conditione, venditio nulla est.

HÆc assertio comprobatur per *l. in vendentis 13. C. de contr. empt.* ubi traditur, quod venditio in alterutrum contrahentium voluntatem collata non valet, quodque neuter ad huius contractus implementum cogi potest. Hinc venditio hoc modo contracta, vendo tibi hanc rem, pro pretio quo volueris, vel quanti aestimaueris, quanti æquum putaueris, inutilis & nulla est *l. quod saepe 35. §. 1. ff. de contr. empt.* Similiter si conveni cum Titio, ut fundus meus sit ei emptus 100. aureis, si placuerit ipsi eum tanti emere & si postea me pæniteat, Titius autem dicit, se pro illis centum emptum habere velle, quæritur an possim compelli, ut vendam ei pro pretio convento. Et dicendum, quod nulla & inutilis sit talis venditio. Ratio est, quia substantialis pars contractus non potest in voluntatem vel arbitrium alterutrum contrahentium conferri. Nam cum obligatio sit juris vinculum, quo necessitate astringimur alicujus rei soluendæ inutilis est contractus, imperfectaque obligatio, quæ nulla necessitate astringit contrahentes. *l. sub hac 8. ff. de obligat. & act. l. stipulatio 17. ff. de V. O.*

Opponitur *§. penult. Inst. de empt. & vendit.* ubi dicitur, quod valet hæc venditio. Vendo tibi Stichum pro aureis tot, si tibi Stichus infra mensem placuerit, cum tamen illa emptio conferatur in arbitrium emptoris. Atque venditor illi venditioni stare cogitur, emptore intra conditum spacium consensum declarante. Resp. Ideò valet ista emptio, quia non purè & absolute confertur pretium in arbitrium emptoris seu debitoris, sed ad tempus, & sub conditione, si videlicet emptor intra certum tempus consensum suum declaraverit. Ideoque propter adjectionem temporis valida est emptio, quia non habet perpetuam causam nullitatis.

Secundò obstat *l. ult. C. de contr. empt.* ubi valet venditio, si quantitas pretii conferatur in arbitrium tertii: ergò & videtur poni posse pretium in arbitrium contrahentium. Resp. Diuersa hæc sunt, quia in personam tertii, seu ex-

extranei idèd potest collocari æstimatio seu definitio pretii, quia verisimile est tertium, æquum seu moderatum pretium statuturum, sed non est probabile alterutrum contrahentium pretium æquum, sed potius sibi maximè in modum arbitraturum.

Tertio objicitur *l. in personam 22. §. generaliter. de R. I.* vbi dicitur, quod in omnibus bonæ fidei judiciis, vbi quid confertur in arbitrium domini, hoc est contrahentis, pro boni viri arbitrio id accipiendum erit. Ergò pretio collo in arbitrium contrahentis, illud pretium statuit debet, quod bonus vir arbitrabitur. Resp. Illa regula intelligenda est, quoties adminicula contractus conferuntur in arbitrium alterius ex contrahentibus. Accidentalibus tamen venditionis possunt conferri in arbitrium contrahentium, & tunc curritur ad arbitrium viri boni, siue quis nullo modo arbitretur, siue arbitretur, sed iniquè; Vnde valet hæc venditio, vendo tibi seruum, si rationes arbitrio meo siue domini reddiderit, quæ conditio vtiliter emptioni adjicitur, & pro eo habetur, ac si viri boni arbitrium in emptione comprehensum esset. *l. hæc venditio 7. ff. de cont. empt.* Similiter in societate constitutio partium lucris & damni, in locatione operis approbatio, possunt in arbitrium contrahentium, tanquam viri boni conferri *l. si in lege 24. ff. loca. l. societatem 76. ff. pro socio.* nam & sine iis potest contrahi locatio & societas. Verum essentialia contractus, vt pretium in emptione merces in locatione, non possunt in arbitrium contrahentium conferri.

ASSERTIO LXVIII.

*Ius retractus neque in re à iudice creditori adjudicatâ,
neque in re donatâ locum habet.*

Ius protomiseos seu retractus, est jus quo proximiores consanguinei, consortes vel vicini rem immobilem venditam eo pretio oblato, quo res vendita est, intra annum & diem retrahere & ad se reuocare possunt. Hoc jus retractus lege Cæsarea reprobaturum est, per *l. dudum. C. de cont. empt.* sed constitutione Imperatoris Friderici denuò restitutum. *tit. per quos ff. inuest. l. 2. feud. tit. 3. & c. 1. §. si Titius. Si de feud. def. sit contr. int. dom. & agna. l. 2. feud. tit. 26.* vbi statuitur, quod proximi agnati possint feudum à vasso venditum, rescissa venditione, eodem pretio redimere, & ad se reuocare. Moribus etiam passim hoc jus in nonnullis Belgii prouinciis, puta Hollandia & Frisia, item in Gallia vsu iterum receptum & approbatum est: quæ consuetudo optima nititur ratione, vt res majorum maneant in nostra familia. Triste enim & lugubre est, videre paternas domos & antiqua
majorum

majorum prædia in extraneas manus deuenire. *l. lex quæ tutores. 22. C. de admitt. tuto. l. si in emptione 35. ff. de minoribus.* Eaque consuetudo est & jure Canonico confirmata. *c. constitutus. ex. de restit. in int.* sed & jure civili corroborata est. Nam *Leuit. 25.* dixit Dominus. Si attenuatus frater tuus vendiderit possessiunculam suam, & voluerit propinquus ejus, potest redimere quod ille vendiderit. Concor. *Ruth. 4. Item Ierem. c. 32.*

Quæsitum autem est inter DD. An jus retractus habeat locum, si res non vendita sit sed creditori dati in solutum, an tunc à proximioribus retrahi possit? Et in hac dubia questione hæc distinctio tanquam verior tenenda est. Aut datio in solutum fit sponte à partibus seu contrahentibus, ut in *l. pretii C. de rescind. vendit. l. eum à quo. C. de solut.* & cum hæc venditionis vicem obtineat, *l. eleganter 24. ff. de pign. act. l. si prædium 4. C. de evict.* idè in ea perinde atque in venditione jus retractus locum habet. Aut datio in solutum fit à judice, ut cum ex rebus debitoris una creditori adjudicatur pro quantitate debita, *l. a D. Pio. §. si pignora. ff. de re judic. l. ult. C. de ju. dom. imp.* & tunc jus retractus locum non habet. Ita post *Specul. Alex. & Iason. decidit Coras. lib. 3. Miscel. c. 3. num. 2. And. Tiraquell. de retractu lign. gir. §. 1. Glos. 14. num. 8.* Pro hac sententia facit, quod generaliter in jure traditur, quod quoties alienatio in legibus prohibetur, hoc de voluntaria alienatione, non verò ea quæ ex necessitate fit, est accipiendum *l. Divus. ff. de pet. hered. l. alienationes 12. ff. Fam. eris. l. 1. ff. de fund. dot. l. 2. C. eo. l. peto. §. prædium. ff. de legat. 2.*

Duo argumenta obstant huic sententiæ. Primò obiicitur, quod hæc consuetudo, quæ introduxit jus retractus, est odiosa, quia tendit ad rescindendum contractum, quem tamen partium consensu absolutum, ne quidem Principis rescripto extingui oportet: *l. 3. C. de resc. vend.* unde à venditione, quæ est actus voluntarius, ad dationem in solutum, actum scilicet necessarium, non est facienda extensio. *l. rem legatam. ff. de adim. lega.* Resp. Hæc consuetudo non tendit ad rescissionem contractus, quinimò contractum approbat, idè quæ & pretium conuentum soluit.

Secundò obiicitur, quod datio in solutum venditionis vicem obtineat, & quod ille qui rem in solutum accipit, emptori similis sit. tex. in *l. si prædium. C. de evict. l. ult. ff. Ex quib. caus. in pos.* Huc etiam consuetudinis ratio nos impellit, quippe perinde contra ejus mentem fit, si extraneo detur in solutum, atque si vendatur prædium. Illius ergo consuetudinis sensus spectandus est. Resp. Datio in solutum quæ fit auctoritate judicis, est necessaria, atqui allegatæ leges in contrarium de voluntaria datione in solutum loquuntur.

Quæsitum est illud, An si res non vendita, sed donata sit, jus protomiseos in dona-

in donatione locum habeat. Est statuendum tanquam verius & probabilius contra *Coraſ. d. loco*, quod in re donata non sit locus juri retractus. Idque probatur, ducto argumento à simili ex contractu emphyteutico. Nam emphyteuta non potest fundum emphyteuticum vendere irrequisito domino, potest tamen eundem donare invito domino directo *l. 1. C. de fund. patrim. lib. 11. l. ult. C. de ju. emph. l. ult. C. de præd. decur. lib. 10.*

Opponitur quod eadem sit ratio in donatione, quæ in venditione, ne sciet res exeat è familia. *c. 1. §. donare. Qualiter olim feud. pot. alien.* Ergo & medium donatum proximus cognatus retrahere potest. Rep. Diversa ratio est in venditione & donatione, quia idèd permittitur jus retrahendi rem venditam proximiori agnato, quod non interest venditoris, à quo habeat retium, sed interest donatoris, potius amico donare propter bene merita, quam consanguineo. Sic & emphyteuta qui vendere non potest fundum emphyteuticum irrequisito domino, eundem tamen donare potest. *d. l. 1. C. de fund. patrim. lib. 11.*

ASSERTIO LXIX.

*Ex pacto de retrouendendo oritur tantum personalis,
non realis actio.*

DACTVM de retrouendendo interpositum inter venditorem & emptorem, ut quodcumque venditor vel ejus hæredes offerant rei venditæ pretium, emptor restituat ei rem venditam, personale est, & rem ipsam non afficit. Unde si ab emptore rursus sit vendita, prior venditor à secundo emptore rem non vendicat, sed datur ei tantum personalis actio ex vendito, lucisus primum emptorem in id quod interest. Hæc est communis & recepta DD. opinio. teste *Gail. lib. 2. obs. c. 16.* ubi notat secundum hanc opinionem in Camera imperii esse judicatum. *Mins. cent. 6. obs. 69. VVeseni ec. ns. 39.* Datur itaque ex tali pacto de retrouendendo non realis, sed personalis actio ex emto, vel præscriptis verbis. tex. est expressus in *l. 2. C. de pact. t. empt. l. rebus c. de rer. permut. l. si sterilis §. si tibi. ff. de act. empt.* Atqui personalis actio non datur contra singularem successorem, *l. ult. §. ult. ff. de nt. emp. l. 1. §. si hæres. ff. Ad SC. Trebell. in verb.* neque enim æris alieni personalis actio fundum sequitur. Nullum jus reale ex tali pacto producit, sed tantum personalis actio oritur. Ergo primus venditor contra primum emptorem vel ejus hæredes agere actione ex vendito, ad id quod interest, non potest, sed contra tertium possessorem & singularem successorem agere poterit rei vindicatione ad fundum repetendum. Ratio est, quia pactum de non alienando contractui appositum, non impedit alienationem, quoad translatio-

N

nem

nem dominij. *l. nemo paciscendo. ff. de pact.* sed tantum eatenus impeditur alienatio, ut committatur obligatio ad interesse, vel ad poenam, si poena sit adjecta contractui. *tex. est expressus in l. si ita quis, §. ea lege. ff. de verb. obligat. l. vlt. C. de reb. alie. non alien.*

Sed pro contraria opinione, quod scilicet pactum de retrouendendo afficiat rem ipsam, & ex eo detur actio realis, seu utilis rei vindicatio, adferuntur, *l. si cum venderet, 13. ff. de pig. act. & l. voluntate 10. §. vlt. ff. Quib. mod. pig. solu.* ubi traditur, quod si in venditione pignoris pactum interpositum sit inter creditorem & emptorem, ut si debitor pecuniam pretii emptori solueret, liceret ei recipere rem suam: ex hoc pacto datur debitori actio in rem, ad vendicandum rem suam. Ideoque ex pacto de retrouendendo competit primo venditori contra singularem successorem utilis actio rei vindicationis: Duplex solutio adfertur a DD. ad hoc argumentum. Primo respondetur, quod primum IC. responsum, quo statuit debitori dari rei vindicationem, mox corrigitur per sequentia verba, dum subiungit IC. aut in factum actione contra emptorem agere poterit, ideoque solum actione in factum vel praescriptis verbis aget. Ita respondent *Accurs. & Bart. in d. l. si cum venderet.* Secundo respondetur sub distinctione. Aut pactum de retrouendendo conceptum est verbis directis, hoc modo, ut si venditor pretium soluerit emptori, liceret ei recipere rem suam, quae verba directa sunt. *l. Titia cum testamento 34. §. vlt. de legat. 2.* Quibus verbis in objectis legibus usus est venditor, & tunc dominium ex pacto retrouendendi ad venditorem reuertitur, poteritque rem vindicare à tertio possessore. Aut verbis obliquis pactum de retrouendendo est interpositum, ut puta si emptor reuendere aut restituere promisit, ut loquitur *l. 2. C. de pact. int. empt. & vend.* & tunc dominium non reuertitur statim ad venditorem, ita ut rem venditam vindicare possit, sed competit illi tantum personalis actio ex vendito, vel praescriptis verbis contra primum emptorem, ad fundum restituendum vel ad interesse. Ita respondet *Fachin. lib. 2. contro. c. 15. ad de Boer. decis. 182. num. 17. 18. & 19.*

Secundo opponitur hoc argumentum. Ex pacto additionis in diem & legis commissoriae, dominium rei venditae ad venditorem reuertitur, & rei vindicatio ei competit. *l. commissoria. C. de pact. int. emt. & vend.* Ergo idem statuendum videtur in pacto de retrouendendo. Resp. In istis pactis non novum dominium venditori acquiritur, sed vetus, quod ante habuerat dominus retinere fingitur: quia ea lege & conditione res erat tradita ab initio, ut statim rediret ad dominum conditione commissoria. Approbat hanc decisionem *Anto Faber de error. pragmat. decade 22. erro. vlt.* Dissentit *Couarru. lib. 3. varar. resolut. c. 8. nu. 3.* ubi tradit, quod venditor ratione pacti de retrouendo possit agere contra tertium possessorem, etiam si is non sit emptoris heres.

ASSER-

ASSERTIO LXX.

Venditor læsus vltra dimidium iusti pretii, actione ex vendito rescindit venditionem, daturq; hoc beneficium l. 2. C. de resc.

vend. etiam emtori, contra C V I A T I V M.

I venditor vltra dimidium iusti pretij in venditione læsus sit, competit ei remedium. l. 2. C. de rescind. vend. quo consequitur, vt rescindatur venditio, vel vt ab emtore id quod iusto pretio deest, suppleatur. Sed quaeritur, hoc petat venditor actione ex vendito, an verò officio iudicis, petita restitutione in integrum. Vtrum dicatur multum interest, cum actio in personam ex vendito duret annis 30. l. 2. C. de const. pec. sed restitutio in integrum intra quadriennium solum competat. l. vlt. C. de temp. in int. restit. Et prior est sententia non competere hic restitutionem in integrum ad rescindendam venditionem, sed esse civilem actionem ex vendito, eoq; perpetuam. Quod non habeat hoc casu locum restitutio in integrum, hoc argumento comprobatur. Majores 25. annis, qui neque dolo circumuenti, nec metu coacti sunt, vt venderent, non restituuntur in integrum, nisi ex eã ricti parte, quæ est de iis causis, ex quibus maiores restituuntur. Atqui eo edicto nemo restituitur, qui læsus est suo facto, sed qui solum absentiam necessariam vel probabili læsus est. l. sed etsi 26. l. nec non. 28. ff. Ex qui. cau. ijo. Itaq; venditor in hoc casu in integrum restitui non potest, cum neque dolo sit circumuentus, neque vi metuve coactus, sed si læsus est, non aduersus sed suo facto læsus est, nullaque absentia necessaria vel probabili. Quod item competat actio ex vendito ad hanc rescissionem comprobendam, hoc argumento comprobatur. Quod ea quæ sunt mortis & consuetudinis, venditor emtori, aut emtor venditori prestare debet, eaque veniunt in actionem ex vendito & emto. l. quod si nolit, §. quia assidua. ff. de edil. edict. Ideoque multo magis quæ certo jure sunt prestanda, qualis est hæc rescissio immoderate læsionis in pretio venditionis, prestanda sunt actione ex vendito. Dissentit Cujatius, qui statuit, si venditor læsus sit vltra dimidium iusti pretij, tunc hanc venditionem rescindi officio iudicis, idque argumento. l. in contract. C. Ex qui. cau. ijo. in int. rest. vbi dicitur, quod maioribus læsis in contractibus bonæ fidei officio iudicis causa cognita succurritur. Itaq; hæc rescissio venditionis propter læsionem vltra dimidium iusti pretij petenda est intra quadriennium: quemadmodum omnes restitutiones quæ conceduntur maioribus propter læsionem in contractibus, peti debent officio prætoris intra quadriennium.

nium. per *l. ult. C. de temp. in int. restit. l. quod si minor 24. §. ult. ff. de minor.* Ita eruditè tradit *Cuiusius* subtilissimus Iuris interpres in *tract. de diuersi. temp. prescript. cap. 23.* ubi refert ita in foro seruari.

Obijcitur huic decisioni primò, quod actio ex vendito hic competere non potest, quia de ea rescissione in contrahenda emtione nihil conuenit. Deinde absurdum est actionem ex vendito dari ad rescindendam venditionem, quæ comparata est ad confirmandam venditionem. Resp. Aliquando actio ex vendito competit etiam ad rescindendam venditionem. Quod fit primò, si fundus nominatim hac lege venditus est, ut sub aliqua conditione fiat inemptus, *l. sed Celsus 6. §. 1. ff. de contr. empt.* Secundò datur actio ex vendito ad rescissionem venditionis, quando ex jure certo licet venditori rescindere venditionem, licet nihil de hoc nominatim conuenit, ut fit in hoc casu, cum venditor ultra dimidium iusti pretii est circumscriptus. Quod probatur exemplo redhibitionis. Si enim venditum sit animal moribundum, permittitur emptori animal redhibere, & emtione rescindere reddita re vitiosa venditori, & pretio emptori restituto *l. facta 60. ff. de edil. edict. petiturque hæc rescissio actione ex empto. l. ex emto. §. redhibitionem ff. de act. empt.*

Secundo in contrarium adducitur exemplum venditionis per metum contractæ. Si enim quis metu coactus rem suam vendidit, non competit ei actio ex vendito ad rescindendam venditionem, sed extraordinarium auxilium restitutionis in integrum, per actionem quod metus causa, quæ tantum intra annum competit *l. 4. C. de his quæ vi metusve caus.* Itaque non est perpetuum, ubi quid venditori ab emptore restituendum est, competere in eam rem actionem ex vendito. Resp. Tum demum competit actio ex vendito ad rescindendam venditionem, quando emptor aliquid accepit ex causa emtionis, quod restituere debet, ut fit in proposito casu. At non idem accidit in venditione per metum contractæ, nam hæc jure irrita habetur *l. 1. ff. Quod met. caus.* Non potest autem actio ex vendito competere, ubi venditio non constitit, si modo eam venditor stare nolit.

Posterior sententia, quod remedium *l. 2. C. de rescind. vend.* competit etiam emptori, quando duplo plus emit rem, quam valet, est ab omnibus interpretibus recepta, teste *Donello ad l. 2. num. 17. C. de rescind. vend. Pinel. ad d. l. 2. part. 1. cap. 2. num. 1.* Eaque probatur hoc certissimo argumento. Quodcumque in vno correlatiuorum statutum est, statui quoque debet in altero, quando vna & eadem est ratio in vtroque correlatiuorum *l. ult. C. de ind. vid. ill.* Atqui hic eadem est ratio emptoris & venditoris, ut scilicet in contractu venditionis inter vtrumque seruetur æqualitas, & immoderata circumscriptio ab hoc contractu remoueat. Ideoq; & beneficium *l. 2. com. petet emptori*, si duplo plus quam res valet, eam emit. Ab hac communis & recepta

recepta sententia discessit solus *Cujacius lib. obs. 16. c. 18. & lib. 23. obser. c. 32.* si afferit hoc beneficium *l. 2. C. de resc. vend.* non competere emtori, Quam-
 tum nouam opinionem comprobat hoc argumento quod diuersa sit ratio
 venditoris & emtoris. Nam venditor plerumque necessitate rei familiaris
 impulsus, compellitur res suas vendere pretio minori: *l. non idcirco 12. C. de
 resc. vend. l. si quos 16. C. eod. in verb.* si quos necessitas publicæ rationis ad-
 ingat proprias distrahere facultates. *l. 1. C. de prad. decur. sine decr. non alien.*
 emtor verò vt plurimum vltro accedit ad emtionem, idque tui lucri gratia,
 sæpè fraudandi venditoris causa. Deinde emtor plerumque emit pretio
 imenso & immodico, commotus affectione oportunitatis, vel vicini-
 tatis, vel quod in eo prædio educatus sit, vel quod prædium maiorum suo-
 rum fuit. *l. 1. §. sed si rem 10. ff. Si quis in fraud. patro. l. si emtionem 35. ff. de
 iur. 25. annus.* Resp. Hoc non est perpetuum, vt venditor necessitatis
 causa res suas vendat, sed facit hoc plerumque propter vtilitatem, & lucri
 gratia. Præterea emtor sæpè emit sibi vtilia & necessaria bonâ fide, non
 imo injustè lucrandi, neque fraudandi. Ideoque sicut humanum est sub-
 venire venditori vltra dimidiam iusti pretii decepto, ita quoque emtori sub-
 ueniendum est. Ita communi DD. sententia receptum esse tradit *Fachin.
 l. 2. c. nt. c. 16.*

ASSERTIO LXXI.

*Casus fortuitus in re locatâ contingens, pertinet ad loca-
 torem, non ad conductorem.*

CONFIRMATUR hæc decisio primò hac generali regula, quod casus
 fortuiti, qui nullo humano consilio præuideri possunt, nullo bonæ fidei
 iudicio præstantur, quæ tradita extat in *l. quæ fortuitus. C. de pig. act. l. 1. C. de po-
 ti. l. contractus ff. de R. I.* Deinde specialiter hæc decisio in contractu locatio-
 nis multis legibus comprobatur, quod videlicet vis major, quam Græci *Σεῖρα*
ἡ appellant, non debet conductori esse damnota, *l. si merces 25. §. vis ma-
 ior ff. locat.* Hinc Seruius respondit, omnem vim cui resisti non potest, do-
 minum colono præstare debere, *l. ex conducto 15. §. 1. ff. eo.* Ideoque si cæli
 vel tempestatis vitio, solis feruore non adiuueto, hostium incurribus, incendiis
 repentinis, vel terræmotu, aliòque simili casu fatali, insignis quædam calami-
 tas vel sterilitas fructuum contigerit, remissio mercedis à locatore seu domi-
 no prædii colono fieri debet. *l. ex conducto §. Papinianus ff. locat. l. licet. 8. &
 excepto. 18. C. eodem.*

Sed refragatur huic assertioni *l. 1. C. de locat. & cond.* vbi traditur quod

dominus vel locator horreorum non tenetur conductori præstare effracturam latronum, si quid ab iis ex rebus depositis in horreis expilatum vel subreptum est. Resp. Locator horreorum non tenetur effractis vel compilatis horreis præstare damnum, nisi nominatim custodiam repromisit, quo casu damnum effracturæ præstare debet, quia diligentissima custodia damnum effracturæ præcauere potuit. *l. dominus 55. ff. locat.* Furtum & effractura non sunt casus fortuiti, sed subinde culpæ leuissimæ adnumeratur, quia negligentia custodientis committuntur, *l. cum duobus §. damna ff. pro socio. l. eum qui 14. §. idem scribit. ff. de furt.* Ideoque damnum furto illatum locatori imputabitur, ad quem spectat custodia. *Sichard. ad d. l. 1. num. 4. C. loc.*

Secundò repugnat huic enunciato *l. damnum 12. C. loca.* ubi statuitur, quod damnum illatum per aggressuram latronum in rebus propriis conductoris, pertinet ad conductorem, non ad locatorem. Resp. sub distinctione. Aut damnum contingit casu fortuito, vel vi maiori in ipsa re locatæ vel fructibus rei locatæ, puta si fructus incursum hostili auferantur, hoc damnum pertinet ad locatorem, & non ad colonum seu conductorem, cum ei propter tale damnum remittatur pensio locationis. *l. ex conducto 15. §. si vis tempestatis ff. locat.* Aut damnum datur in rebus propriis coloni existentibus in re locatæ, seu possessionibus locatis, & tale damnum pertinet ad ipsum colonum, neque hoc nomine tenetur locator *d. l. domum.* ubi ita decidunt *Bart. Bald. & Salycet.*

ASSERTIO LXXII.

Contractus locationis & conductionis, transit ad hæredes tam locatoris, quam conductoris.

CONTRACTVS locationis, siue perpetuus sit, siue temporarius, transit etiam ad hæredes conductoris, conductore intra tempora conductionis mortuo. *l. viam veritatis 10. C. locat. l. si in lege 24. §. vlt. ff. eodem. §. vlt. Inst. de loca. & cond.* Exempli gratia, si locator locauit colono fundum in quinquennium, & conductor decedat intra quinquennium, transit obligatio conductionis ad hæredem conductoris, usque ad tempus conductionis expletum.

Sed obiicitur *l. 4. ff. locat.* ubi traditur, quod si locator locauit fundum, quoad vellet, mortem ejus qui locauit, finiatur locatio. Ergò non transit locatio ad hæredes. Resp. Idèd hoc in casu locatio morte locatoris finitur, quia facta est quod vellet locator, atqui voluntas hominis, vitæ suæ finibus, id est, morte terminatur.

Secundò

Secundò grauitèr obstat *l. si domina 10. C. de usufructu*. vbi morte ejus, qui induxit vsumfructum, extinguitur conductio vsumfructus, nec transit ad hæres conductoris, licet mortuus sit conductor intra tempora conductionis. Resp. Aliud obtinet in conductione vsumfructus, quam proprietatis. Conductio proprietatis transit ad hæres conductoris, non verò conductio vsumfructus. Ratio diuersitatis est, quia conductio vsumfructus censetur facta secundum naturam quam habet vsumfructus, prout est seruitus personalis. Sicut enim vsumfructus finitur morte vsumfructuarii, ita & locatione vsumfructus facta, finitur morte conductoris vsumfructus conductus, licet non sit propriè vsumfructus constitutus in personam conductoris, sed commoditas quædam vtendi fruendi, quæ ita finitur morte conductoris, sicut vsumfructus morte fructuarii extinguitur. Ita declarat *Castren. d. l. si domina*, quæ difficilis est, in qua Hotomannus emendat tex. & pro iis verbis, *ei qua locauit*, legendum vult, *ei que successit*, per *l. si socrus 18. C. de jur. dot.*

ASSERTIO LXXIII.

Conductor si unius anni pensionem non soluit, potest expelli ex domo conductâ.

SIMPLEX conductor, qui nudam habet rei detentionem *l. 2. C. de præscript. 30. anno*. ob non solutam etiam unius anni pensionem statim expelli potest. Comprobatur hæc decisio apertè per *l. 3. C. loca*. vbi dicitur conductorem durante locatione expelli non posse ad conductam, si domini pensionem in solidum soluit. Ergo sumpto argumento à contrario sensu, pensionem etiam unius anni non soluit, expelli potest. Sermo enim simpliciter prolatus de primo actu intelligitur, id est, vnico actu perficitur, consumitur atque finitur *l. boues 89. §. hoc sermone. ff. de V. S.* Quæ conclusio adeò vera est, vt etiam si pactum in contractu locationis adjectum sit de conductore non expellendo, tamen nihilominus expelli possit, si non satisfaciatur pensioni, quia semper hæc conditio in pacto hoc adjecto locationi tacite ibi intelligitur, si pensioni conductor debito tempore paruierit. *l. quero 54. inter locatorem. ff. locat.*

Sed huic decissioni aduersatur *l. quero 54. §. 1. ff. locat.* vbi traditur, nondum conductorem licet expelli posse de fundo conducto, si biennio continuo non soluerit pensionem. Resp. Quod ibi dicitur de biennio continuo, non ad legis decissionem, sed ad facti narrationem pertinet, hoc est

hoc est quod non oporteat conductorem biennio cessasse in solutione mercedis, priusquam de iure possit expelli, sed quod hoc ita de facto eveniat, quod conductor integro biennio cessauerat solvere mercedem locationis *Carus. ad l. 2. num. 1. & 2. C. de jur. emph.* licet vulgò DD. aliter eam legem accipiant.

Secundò opponitur *l. cum domini 56. ff. locat.* ubi statuitur quod si biennii spacio non satisfaciat conductor pensionibus, tunc potest dominus pro securitate pensionis aperire domum conductam, & per Notarios describere inuenta & illata quæ ibi reperiuntur. Resp. Istic non fit post biennium expulsio, sed bona absentis & per biennium non apparentis conductoris per Notarium describuntur, quod non tam citò nec temerè fieri debet, cum detegere res alienas, & secreta patrimonii alterius pandere durum & odiosum sit *l. 2. vers. quid enim tam durum est C. Quand. & quibus quarta pars debeat. lib. 10. l. 2. C. de alim. pupil. prestand.*

ASSERTIO LXXIV.

Fructuum perceptorum periculum ad colonum pertinet.

VERISSIMA est Bartoli decisio tradita in *l. ex conducto. 15. §. 1. ff. locat.* periculum perceptorum fructuum ad colonum, non verò ad dominum pertinere. Ratio est, quia per perceptionem & separationem fructuum à solo factam colonus fructuum dominus est effectus. *§. is verò ad quem Instit. de rer. diuis. l. si apes 26. §. 1. l. si seruus 61. §. locati. ff. de furt.* Equum autem est, ut vnusquisque rei suæ propriæ damnum & periculum agnoscat. *l. damnum. 12. C. locat. l. pignus 8. C. de pig. act.* ubi traditur, pro regula quod quælibet res pereat suo domino.

Sed huic decisioni aduersatur *d. l. ex conducto §. 1. ff. locat.* ubi hæc habentur verba. Si qua tamen vitia ex re ipsa oriantur, hæc damno coloni esse: veluti si vinum coacuerit, sed & si labes facta sit, omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse. Resp. Illo loco vinum adhuc pendens & vitibus cohærens significatur, id est vua aut vindemia pendens, quæ adèd dura & cruda est, ut non possit ad maturitatem peruenire. Itaque non significatur ibi vinum, quod jam à colono collectum est, & ex vuis expressum. Hoc enim vinum jam à colono factum & perceptum, si casu aliquo fortuito, puta incurfu hostium ablatum, consumptum aut etiam corruptum sit, non suo vitio, coloni damnum & periculum est, adèd ut nec ob eam causam deductionem vllam mercedis à domino impetrare possit. Ita rectè tradunt *Cusar. lib. obs. 26. c. 32. Cail. lib. 2. pract. obseru. c. 23. nu. 13. Gostal. ad. l. si merces §. vis maior. ff. locat.*

ASSERTIO

ASSERTIO LXXV.

*Repressalia ritè rectèque concessæ, omni jure sunt
permisæ.*

REPRESSALIE siue pignorationes in jure vocantur, quando pro alterius debito, alius ejusdem regionis vel ciuitatis subditus conuenitur: et quando bona pro alterius debito capiuntur, & detinentur, vt ex iis pro alieno debito satisfiat. Exempli gratia: si Hispanus diripuerit alicujus Belgæ mercatoris merces, poterit spoliatus quem primum offenderit Hispanum iure diripere, seu bona ejus de facto occupare & detinere, si hoc à magistro loci sui impetrauerit. Vocantur & repressalia in praxi s Marquæ, vel *lettres des Marquês*, quia in limitibus potissimum exercentur repressalia. *Cujat. ad l. vnic. C. vt nul. vi can. pro alien. vican. debit. teneatur.* ceteros Romani historici vocabant hoc jus repressaliarum siue pignorationum clarigationes. *Gail. in tractat. de pignorat. cap. 2. nu. vlt. c. viii. de injur. 6. Liusus lib. 8. histor.* Repressalia est barbara vox Latinè pignoratio dicitur, & est jus aliud, vel alius bona pro alterius damno vel debito capiendi, & detinendi. Quod hæ repressalia jure licitæ & permisæ sint, probatur auctoritate juris ciuilibus & Canonici. Et quidem jure Canonico permittuntur ex sententia Augustini ielata in *c. dominus 23. quest. 2.* vbi statuitur quod iusta illa solent definiti, quæ vlciscuntur iniurias, si gens vel ciuitas plectenda sit, quæ vindicare neglexerit. quod à suis improbè factum est. Si ergò bella intra eam gentem geri possunt, quæ iustitiam facere negligit, consequenter subditi illius domini, qui iustitiam facere neglexit, capiti & bona eorum inferri possunt. Secundò jure ciuili non esse prohibitas repressalias ex eo manifestè liquet, quia ex speciali priuilegio constitutum est, vt studiosi & clerici à repressaliis sint exempti. *c. 1. de injur. in 6. Auth. habita. C. ne fil. pro patre.* Cum ergò hæ personæ tanquam priuilegiatæ exceptæ sint, ne patiantur repressalias, sequitur in contrarium jure communi in omnibus aliis personis citas esse repressalias, quia exceptio probat regulam in contrarium procedere in casibus non exceptis. *l. 1. & ibi Det. ff. de R. I.*

Opponuntur primò huic sententiæ generales juris regulæ, quod nemo debet alterius odio prægrauari, neque alteri per alterum iniqua conditio inferri, *l. non debet. 74. ff. de R. I. c. non debet. 24. ex. de R. I. in 6.* Præterea quod pœna non debet egredi suum auctorem, & quod innocens non debet iure pœnam nocentis. Anima enim quæ peccauit, morietur. *Ezech. 18. vers. 4.* c vnusquisque pro suo peccato mori debet. *Deuter. 24. vers. 16.* Vnde
O & repressa-

& repressalia dicuntur ex prauâ consuetudine introductæ. Resp. Hæ pignorationes sunt licitæ eodem modo quo bellum ex iusta causa indicitur, & geritur. Rectè enim *Bart. in tract. de repress.* concludit repressalias esse bellum quoddam priuatum, quod gerit creditor cum omnibus ciuibus sui debitoris. Itaque sicut contra eam gentem, quæ iustitiam facere recusat, bella licitè geri possunt, ita & repressalia contra eundem populum, qui debitum reddere negligit, concedi possunt, ne pereat iustitia. Porro duobus demum causis concurrentibus repressalia de iure decerni possunt. Primò debet interuenire auctoritas summi Principis, nec enim potest priuatus sibi suâ auctoritate ius dicere. *l. extat. ff. Quod met. caus.* Secundò tunc demum impetrari possunt repressalia, si superior magistratus offendentis iustitiam facere recusat. Nam propter delictum magistratus iustitiam facere recusantis sicut bellum, ita & repressalia indici possunt contra omnes ejus subditos. *Auth. si verò dominus. C. de heret. fac. l. si alius. 7. §. bellissime ff. quod vi aut clam*, ubi dicitur, si quis iudicis copiam habere non potuit, potest in suo vi aut clam ædificatum propria auctoritate destruere.

Secundò aduersatur *Novel. 52. Ut non si. pignorat. & Novel. 134. de vicar. & locum tenen. §. cum verò. & Auth. omnino. C. Ne vxor pro marit. l. vna. C. vt nul. ex vican. pro alt. vic. deb. conue. lib. 11.* In quibus locis statuitur, quod qui repressalias contra aliquem exercet, in quadruplum passò reddere teneatur, præterea ab actione, qui talia attentate præsumserit, cadat. Resp. His in locis tantum repressalia prohibentur, quæ sine iusta causa à legibus concessa, & debito modo non sunt intentata. Ita enim expresse disponitur in *Novell. 52.* vt absque legitima causa nemo ex pignorationibus pro alieno debeat contumeliam aut damnum sustineat. Porro vt licitè exerceantur repressalia, tria debent interuenire, primò quod adsit iusta causa, puta quod adsit iusta causa, veluti quod damnum spoliato vel injuria sit illata. *Mench. de arbit. jud. qu. cent. 6. quæst. 527. num. 9.* Secundò requiritur quod dominus vel princeps loci, in quo illata fuit injuria, vel damnum datum, requalius fuerit à spoliato ipso, vel damnum & injuriam passò, vt reatiet sibi damnum & injuriam illatam, isque neglexerit facere iustitiam. *Bart. in tract. de repress. qu. 1. num. 4.* Tertio exigitur vt repressalia concedantur adhibito concilio & auctoritate principis ejus loci, cui damnum passus subjectus est. Non enim poterit damnum passus sua auctoritate repressalias exercere, neque permissum est priuato creditori, sua sponte has pignorationes facere, *§. 1. Novel. vt non si. pignorat.* Plura qui de repressaliis cognoscere cupit, consulat *Bart. in tract. de repress.* *Bald. ad Auth. omnino. C. Ne vxor pro marit.* *Mench. d. loco. Guil. in tract. de pignorat. c. 1. 2. & 3. Cujac. ad tit. C. Ut null. ex vica. pro alt. vic. deb. conuen. Iacobum de Canibus in tractat. de repressal. Petrum Gregorij libro 38. synagm.*

*ut agm. iur. c. 8. & 11. Afflictum in commentar. ad constit. Neapolit. rubr. 8. de
 utriusque patris. Guidonem Papae in decis. Gratianopolit. quajl. 32.*

ASSERTIO LXXVI.

*Bona minorum non censentur tacitè hypothecata
 pro pensione domus.*

LEVI bona minoris 25. annorum alienari non possunt absque decreto
 Praetoris, & causae cognitione, *l. lex quae tutores 22. C. de admi. tutor. l. magis
 pto §. 1. ff. de rebus eorum qui sub tut.* ita & pignori obligari non possunt,
 & haec alienationis species est, *l. magis puro, §. si pupillus. l. si pupillorum.
 1. l. penult. §. quinquam. ff. de reb. eor. qui sub tut. d. l. lex quae tutores. in ver-
 bis vel pignoriare.* Hinc quaeritur, an bona minoris sint tacitè obligata pro
 pensione domus conductae. Et verior est sententia, bona minoris non cen-
 ri tacitè obligata pro pensione domus. Ita statuunt *Gloss. & Bart. in l. 4. ff.
 pass.* Quod ea ratione confirmatur, quia sicut expressè bona minoris non
 possunt obligari sine decreto Praetoris, ita nec tacitè obligari possunt. *d. l. lex
 & tuto es. d. l. magis puro. vers. non passum.* Similiter inito contractu dotis bo-
 na hinc inde sunt tacitè obligata, *l. 1. §. 1. C. de rei vxo. act.* Sed bona minoris
 committentis vel recipientis dotem non possunt tacitè obligari sine decreto
 iudicis, *l. Tutia 62. ff. de iur. dot. l. vnic. C. si advers. dot.* Vnde pari ratione di-
 cendum est in hoc casu tacitam hypothecam non induci in bonis minoris
 uectis & illatis in praedium conductum vel domum conductam.

In contrarium adfertur, quod cessante ratione legis, cessat & ipsa lex, at-
 que ut bona minoris sine decreto Praetoris obligari non possint, ea ratione
 tutum est, quod ignari imperitique rerum faciliè decipi possunt. At haec
 ratio cessat in hoc casu, quandoquidem minor praedium vel domum condu-
 cens non decipitur, cum faciat id quod diligens paterfam. faceret. Resp.
 licet minor xxv annis possit domum conducere, attamen ex conductione
 facile decipi potuit, si vel curius conducat, quam diligens paterfamilias
 induxisset, vel si fortè conduxit nimis amplam domum, & suae tenuitati
 non convenientem.

Secundò refragatur huic sententiae *l. 1. in fin. & l. 2. ff. de reb. eo. qui sub tut.*
 quibus probari videtur tacita hypotheca in bonis minoris sine decreto ma-
 stratus, etsi expressè prohibita sit. Resp. Illa l. loquitur, quando minor
 nit bona à filio, & in obligatione expressa, quod scilicet possit minor pro
 terio obligare filio rem ab eo emtam, ideoque minoris bona obligantur

O 2 filio,

fisco, favore fisci. Cujus sententiæ ratio est, quod lex inducit tacitam obligationem bonorum, ejus qui cum fisco contrahit. *l. 2. C. In quib. caus. pig. tac. cont.* Sed in casu nostro non est cautum bona minoris tacite obligari pro pensione domus conductæ.

Tertiò aduersatur, quod *d. l. lex quæ tutores. C. de administ. tut. Rom.* ex duobus illis titulis *ff. de rebus eor. quæ sub. tut. & C. de prad. minor. sine decr. non alien.* loquuntur in voluntaria obligatione, ut in illa requiratur judicis decretum, at diuersum obtinet in legali obligatione, & hypotheca necessaria, quæ sine solennitatibus judicialibus expediri potest. Huc facit, quod consuetudo regionis, quæ circa bona versatur, obligat tam minores quam majores. *l. sine herede. 32. §. Lucius, ff. de administ. tut.* Resp. Ex quo legibus sancitum est, bona minoris non obligari sine decreto judicis, licet deinde certis in casibus cautum sit, simpliciter bona censeri hypothecata, non tamen intelligitur, quod etiam bona minoris sine decreto censentur oppignorata. Nam lex generaliter loquens non derogat his, quæ specialiter certæ personæ ratione constituta sunt. *Gloss. in Auth. de hered. ab intest. in verb. vacantibus.* Hanc sententiam, quod bona minorum non censentur tacite obligata pro pensione domus, sine decreto Prætoris, & causæ cognitione, approbant *Acurf. & Bart. ad l. 4. ff. de pact. & eruditè defendit Menoch. remed. 3. adp. poss. q. 9. n. 82.*

ASSERTIO LXXVII.

Pactum legis commissoriæ in pignoribus est reprobaturum.

PACTVM legis commissoriæ in pignoribus à legibus repudiatur, scilicet ut debitore ad diem præstitutum non solvente, pignus maneat creditoris pro debito. Probatur hæc conclusio in *l. ult. C. de pact. pign.* Cujus decisionis hæc est ratio, quia debitor inopia pecuniæ pressus, tam dura & inhumana pacta facile contra se admittit, ut scilicet, si ad certum tempus debitum non soluat, pignus cedat creditori in solutum pro debito, quod pactum quia inhumanum & iniquum est, merito non est seruandum.

Sed aduersatur *l. ult. ff. de cont. empt.* ubi valet pactum legis commissoriæ in pignore interpositum. Resp. Valet hoc pactum si inter debitorem & fidejussorem, qui pro eo fidem suam astrinxit, interponatur, inter debitorem vero & creditorem tale pactum jure reprobatur.

Secundo repugnat *l. 1. C. de pact. pign. & l. si fundus 16. §. ult. ff. de pign.* ubi pactum valet initium inter debitorem & creditorem, ut nisi ad conductum tempus debitor soluat debitum creditori, tunc cedat illi res oppignorata pro

pro debito. Resp. Eatenus demum valet ista pactio, vt res pro debito oppi-
 orata cedat creditori, iusta scilicet pretio aestimata, quo casu conditionalis
 eadem pignoris venditio contrahitur inter debitorem & creditorem. Res
 tunc aestimatur à iudice, aut alio viro bono, neque debitor aut creditor
 litur. Ita distinguit *Menoch. remed. 5. adip. poss. q. 8. Molin. de usur. quæst. 52.*
357. Vide latius & exactius de hac disputatione *Bart. & Costal. ad l. Ti-*
ff. de pig. act. Pacium ad l. 4. C. de pig. act.

Tertio opponitur *l. ult. C. de dist. pig.* vbi statuitur valere pactum inter
 editorem, & debitorem initum, vt si ex venditione pignoris plus percipiat
 editor quam ei debebatur, hoc cedat lucro creditoris, quod videtur sapere
 turam pacti legis commissoriae, eo quod pignus acquiritur creditori pro
 debito, licet pignus valeat plus quam debitum. Resp. Iusta est conuentio,
 conuenerit, vt quod ex pignoris venditione redegerit creditor, id omne
 si proprium habeat propter incertum euentum conditionis, sicut è contra-
 ri, si vel minimum redegerit, ex venditione pignoris, eo contentus esse cogi-
 tur creditor in crediti vicem *l. à Diuo Pio. 15. §. 3. ff. de re jud.* At non ita pa-
 ctum legis commissoriae in pignoribus admittitur *tot. tit. C. de pact. pign. &*
lege commiss. in pignor. rescind. Ita notat *Cuiat. ad tit. C. de pact. pignor. in*
prauit.

ASSERTIO LXXVIII.

*Creditori non licet propriâ auctoritate aufer-
 re pignus.*

REGLA in iure prodita extat, quod creditor rem debitoris seu pignus
 ex proprio arbitrio auferre non potest, ob debiti causam, quæ proponi-
 tur in *l. penult. C. de pig. act.* Licet itaque res debitoris creditori sint
 pignorate, tamen non potest creditor eas propria auctoritate inuadere &
 auferre, sed tenetur vi bonorum raptorum, in quadruplum si res sint mobi-
 li. *l. 3. C. Vi bonorum raptorum.* Ratio est quia creditor non debet sibi ius
 cere, sed iudicis auxilium implorare *l. negantes. C. de obl. & act. l. penult.*
de conuen. fis. debito. Adduntur in *d. l. penul. C. de pig. act.* duæ exceptio-
 nes. Prima est, nisi pacto aliud inter debitorem & creditorem conuenit, quia
 et ita pacisci, vt aliquis sua auctoritate possessionem rei nanciscatur *l. pe-*
l. ff. de seru. export. Altera exceptio est, nisi iustus præsidis seu auctoritas
 magistratus interueniat, vt quia nullus est creditor in possessionem rei ser-
 uandæ causa, ita vt constituatur ei pignus prætorium.

Sed opponitur *l. 3. C. de pigno.* ex qua colligitur, non esse has duas, sed
 O 3 vnam

vnā exceptionem; nam et si creditor pactus sit, ut liceat sibi propriā auctoritate in possessionem rei pignoratā ingredi, tamen iudicem adire debet, & ejus auctoritate possessionem ingredi. Resp. Verbum debet et significat ibi honestatem quandam, non autem necessitatem juris, ut sentus legis sit quod creditor possit quidem ex pacto sine iudice possessionem rei obligatē ingredi, rectius tamen faciat, si adhibeat auctoritatem iudicis. *Pacius ad l. penult. C. de pign. act. Gl. in d. l. 3. C. de pign.* ubi exponit verbum debent, pro possunt per *l. obseruare 4. §. vlt. ff. de off. procons.* ut sit sentus, creditores ex pacto possunt quidem propria auctoritate ingredi possessionem pignoris sed tamen ex honestate & urbanitate adhibere debent auctoritatem praedis, possunt tamen & suo jure id facere, si velint. per tex. sing. & notab. in *l. si pupillorum. 7. §. 1. in verb. tutius. ff. de reb. cor. qui sub. tute.*

Secundò obiicitur *l. penult. ff. In quib. cau. pig. tac. contr. & l. vtiq. 34. ff. de damno infect.* ubi dicitur, quod absque vilo pacto & iudicis auctoritate, dominus adium locatarum potest pracludere, & retinere res inquilini. Unde videntur inanes esse exceptiones hic traditae, & falsa esse praedicta regula. Resp. Distinguendum est inter ablationem & retentionem hypothecae. Creditor enim non potest res pignoras auferre, sed retinere eas potest, donec sibi satisfiat de debito. Nec mirum, quod retentio facilius admittatur, quam ablatio: nam etiam facilius admittitur retentio pignoris, quam actio hypothecaria *l. 1. ff. de pigno. l. vnic. C. Etiam ob chirograph. pecun. Pacius ad d. l. penult.*

ASSERTIO LXXIX.

*In pignore pratorio non attenditur prioritas temporis,
sed benè in judiciali pignore.*

IN pignore pratorio non obseruatur priuilegium temporis, inter eos creditores qui ejusdem conditionis sunt & tituli per mittitur enim illa missio in rem, non in personam. Itaque in pignore pratorio non is praefertur qui prius missus est in possessionem, sed missio illa proficit omnibus creditoribus, videturque missus non sibi, sed omnibus creditoribus possidere. *l. cum vnus. 12. ff. de reb. auct. jud. poss. l. in cui. §. si plures ff. Ut in poss. legat.* Contra in judiciali pignore, quod exequendae rei iudicatae causa captum est, sicut in conuentionali pignore, priuilegium & ordo temporis spectatur. Itaque in pignore judiciali is potior est, cujus nomine prius captum est pignus, ex causa iudicati. *l. si & jure 10. ff. Qui pot. in pig.* In hoc pignore judiciali ordo temporis attenditur, quia hoc pignoris genus constituitur in personam, illud autem

rem prætorium pignus in rem constituitur, & generaliter omnium creditorum causa, ideoque in eo non est prælationi locus.

Sed obiicitur huic decisione *l. 4. C. Qui pot. in pig.* vbi statuitur, quod Respub. missa in possessionem bonorum sui debitoris, præfertur jure pignoris is creditoribus. Resp. Ideò Respublica Heliopolitanorum nulla in possessionem seruandi iudicati causa, præfertur chiographario creditori, quia & Respub. non missa hoc privilegium habet, vt omnibus chiographariis creditoribus præferatur. *l. penult. ff. de reb. auct. iud. poss.* Itaque non est Respublica ejusdem conditionis, cuius ceteri creditores, & nullus in possessionem proest tantum iis creditoribus, qui sunt ejusdem conditionis & tituli.

Secundò aduersatur *l. 2. C. Qui pot. in pig.* vbi fideicommissarii prius missi possessionem fideicommissi seruandi causa, præferuntur illis, qui iudicati seruandi causa posterius in eadem bona missi sunt, & sic in pignore prætorio reseruatur etiam ordo temporis. Resp. in *d. l. 2.* missi in possessionem, fideicommissarius puta & creditor non sunt ejusdem conditionis. Atqui in pignore prætorio omnium creditorum eadem est potestas, siue prius siue posterius missi sint, quando creditorem omnium eadem est conditio. Ita eleuenter explicat *Cujac. lib. obs. 5. c. 30. & lib. 9. c. 37.* Dissentit perperam *Costab. d. l. si & iure. ff. Qui pot. in pig.*

ASSERTIO LXXX.

Illata & inuecta à secundo conductore in ades conductas, primo locatori tacitè obligata censentur tantum pro eà summa qua ipse conduxit: & secundus conductor primo locatori soluendo liberatur.

✓ **T R A Q V E** hujus decisionis pars probatur expresso textu in *l. solutum* *u. § solutam ff. de pig. act.* vbi traditur, quod bona illata & inuecta à secundo conductore in ades conductas, primo locatori tacitè pignori obligata censentur pro ea tamen parte tantum, quam secundus conductor conduxit. Additurque in *eodem §. vers. vnde si.* quod si secundus conductor primo locatori soluerit, quod hæc solutio illi proficiat ad liberationem.

Sed contra priorem partem thesis opponitur hoc argumentum. Hypotheca non potest esse sine principali obligatione *l. 5. ff. de pig. l. solut. § solut. i. §. in fine. ff. de fidejuss.* Sed secundus conductor non est personaliter obligatus primo locatori, quia cum eo non contraxit: ergo nec bona ejus sunt ei pignori obligata. Resp. Licet secundus conductor non sit obligatus primo locatori persona-

personaliter, tamen primus conductor ei obligatus est, & bona istius secundi conductoris sunt tacite obligata pro debito primi conductoris. At verò cum omnia bona primi conductoris sunt tacite obligata primo locatori, ista tacita obligatio extendit se etiam ad nomen secundi conductoris. Itaque bona secundi conductoris in aedes conductas illata, pro parte quam secundus conduxit, sunt obligata primo locatori.

Secundò aduersatur *l. Pomponius 5. ff. In quib. cau. pig. tac. contr.* ubi dicitur, quod bona illata & inuecta ab eo, qui aedes conductas à primo conductore accepit, non sunt obligata primo locatori. Resp. Ibi domus non fuit alteri inquilino locata, sed fuit secundo habitanti gratis concessa, ideòque bona ejus non censentur tacite oppignorata primo locatori pro mercede domus, cum nullam mercedem debeat.

Tertiò obiicitur *l. si in lege 24 §. si colonus. ff. locat.* ubi bona secundi conductoris non censentur domino fundi seu primo locatori tacite obligata. Resp. Sub distinctione. Aut inquilinus conduxit prædium urbanum, aut colonus conduxit prædium rusticum. Primo casu bona inquilini inuecta & illata in prædium urbanum tacite domino prædii obligantur *l. 4. ff. de pact. l. 4. ff. In quib. caus. pig. tac. contr.* Ideòque & bona secundi conductoris tacite ei sunt obligata *l. solutum 11. §. solutam ff. de pig. act.* Secundo casu bona coloni illata & inducta in prædium rusticum tacite domino prædii non obligantur, nisi accedat expressa conuentio *l. 4. & 7. ff. In quib. cau. pig. tac. contr.* Ergo & bona secundi conductoris inuecta in prædium rusticum non censentur tacite primo locatori seu domino fundi obligata. *d. §. si colonus.*

Secundæ parti thesisi videtur obstare *l. si operarius ff. de except. doli. & l. inuito. C. de solut.* ubi traditur, quod non liberatur debitor, qui soluit creditori creditore sui. Distinguendum. Aut ille creditor habet bona mea obligata, & tunc rectè ei soluo, possum enim cogi, ut ei soluam, eò quod nomen meum seu debitum ipsi est obligatum *l. nomen C. Quæ res pig. obl.* Aut creditor creditore mei non habet bona mea obligata, & tunc non rectè ei soluo.

ASSERTIO LXXXI.

Etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri potest.

CONSTITUITUR in *l. vnic. C. Etiam ob chirograph. pec.* quod si debitor sub pignore alicui pecuniam debeat, & simul eidem creditori aliam pecuniam debeat sine pignore, solo chirographo tantum promissam, quæ dicitur pecunia chirographaria, quod hoc casu creditor habeat retentionem

onem pignoris, non solum in eam summam pro qua pignus obligatum est, sed etiam in omne aliud debitum, quod ab eodem debitore sine pignore sibi debetur.

Huic decisioni obstat *l. per retentionem. C. de usuris.* ubi statuitur, quod debitor fundum in sortem & usuras minores obligauerat, & postea maiores usuras nudo pacto sine pignore promiserat, quod in maiores usuras pignus istud retineri non possit. Resp. Pro ea tantum chirographaria pecunia vere & efficaciter debetur, pignus retineri potest, qualis est pecunia mutua. Quod indicant illa verba text. in *d. l. vnic.* nisi pro illa etiam satisfacerint, quam mutuam acceperunt. Diuersum est in usuris pacto tantum ommissis, quæ quia naturaliter tantum debentur, pro illis pignus pro alio debito acceptum retineri non potest.

Secundo aduersatur huic constitutioni *l. solutum, §. si in sortem. ff. de pign.* ubi traditur, si debitor debeat sortem & usuras, & pro vna tantum summa ex iis pignus obligauit, ea summa soluta, pignus in alteram summam non tenetur, sed statim in vna quantitate soluta, pro qua debitor pignus obligauit, competit ei pignoratitia actio ad pignus repetendum. Resp. Quod dicitur, in *d. l. vnic.* pignus pro vna summa acceptum, pro altera summam retineri posse, hoc sic accipiendum est, si altera summa postea sine pignore credita sit. Verum si cum pignus in vnam summam dabatur, vtraque summa iam debebatur, ut accidit, cum fors & usurae deberentur, tunc obtinet, quod dicitur in *d. §. si in sortem*, ut pignus in vnam summam acceptum, pro altera retineri non possit. Quod optima ratione introductum est. Qui enim, cum sibi ex pluribus causis diuersarum summam deberentur, pro vna tantum summam ex iis cautionem vel pignus accepit, pro altera summam ommissa pignus sibi pepigisse non censetur. arg. *l. si cum dotem 22. in princ. ff. Solut. matr. l. maritus. 21. C. de procur.* Ita eleganter & solide tradit Donel. ad *d. l. vnic. C. Etiam ob chirogr. pecu. pignus retin. pos.* Aliter respondet Cujac. lib. ob. quat. 15. c. 22. & lib. 19. c. 27.

ASSERTIO LXXXII.

Generalis hypotheca prioris creditoris præfertur speciali posterioris.

PRO regula inter creditores de prælatione pignoris certantes obseruetur, quod qui prior est tempore, seu qui prius pignus & hypothecam accepit, potior sit jure *l. 2. & 4. C. Qui pot. in pig. l. 11. & 12. ff. eo.* ubi generalis regula traditur, quod quoties plures creditores de pignore contendunt,

P tunc

tunc is potior est jure, qui prævenit tempore, hoc est qui prius credidit pecuniam, & pignus accepit. Quod adeo verum est, ut etiam is qui prius generalem hypothecam accepit in omnibus bonis debitoris, & alius postea in certis bonis hypothecam accepit specialem, tamen nihilominus is cui primò bona generaliter sunt pignori obligata, præferatur etiam posteriori creditori in bonis specialiter sibi pignori obligatis. tex. sunt expressi in *l. si generaliter* 6. C. *Qui pot. in pig.* & *l. qui generaliter* 2. ff. *eodem.*

Verum cum *d. l. 2. ff. Qui pot. in pig.* graviter pugnat *l. 2. C. de pigno.* ubi dicitur, quod si primus creditor ex cæteris bonis pecuniam suam servare potest, secundo creditori bona specialiter pignori obligata non aufert. Resp. Quod dictum est, quod primus creditor qui generalem hypothecam habet, præferatur secundo creditori in rebus specialiter sibi pignori obligatis, hoc est verum, si purè & simpliciter generalis hypotheca est constituta *d. l. 2. ff. Qui potior in pig.* Cæterum si quædam bona sunt specialiter obligata primo creditori, & ei obligationi subjecta est generalis hypotheca, non purè & simpliciter, sed sub conditione, si ex speciali hypotheca creditor indemnitatem consequi non poterit, opus erit distinctione. Nam aut specialis hypotheca non sufficit exolviendo debito, & tunc præfertur primus creditor in generali hypotheca omnibus posterioribus creditoribus. Aut sufficit specialis hypotheca solutioni debite pecunie, & tunc posteriores creditores respectu earum rerum, quæ sibi sunt obligatæ, non tam sunt potiores quam soli, *l. 2. ff. Qui pot. in pig. & l. 2. C. de pigno.* Sed etsi primò quædam specialiter, & universa bona generaliter fuerint obligata, nulla adjecta conditione, tamen jurisdictio ita temperanda est, ut si creditor ex specialiter obligatis bonis universum debitum consequi possit, remoueat a petitione earum rerum, quæ aliis postea specialiter sunt obligatæ: *l. 2. C. de pigno.* quia tacitè hoc actum videtur, ut non aliter generali hypotheca utatur, quam si specialis non sufficiat.

Secundò objicitur *l. idemque* 7. §. 1. ff. *Qui pot. in pig.* ubi traditur, quod si primo alicui omnia bona generaliter sint obligata, & deinde alteri creditori specialiter fundus obligetur, quod uterque creditor concurret in pignore fundi obligati. Ergo prior creditor habens generalem hypothecam, non præfertur posteriori creditori habenti specialem hypothecam. Resp. Ibi simul & eodem tempore debitor uni creditori omnia sua bona generaliter obligavit, & alteri creditori specialiter fundum pignori dedit, quo casu patescunt creditores tanquam tempore concurrentes. Aliud dicendum est, si debitor diuersis temporibus alteri generaliter bona sua obligavit, alteri vero specialiter fundum: tunc enim prior creditor habens generalem hypothecam præfertur posteriori, etiam in fundo specialiter illi obligato *Gl. in d. l. idemque* §. 1. Postremo

Postremo notandum, quod hæc regula, quod creditor prior tempore referatur in pignore, non procedat, si creditores tempore posteriores habent speciale aliquod privilegium, cuius respectu prioribus creditoribus hypothecariis præferuntur. Tales sunt primo, creditores qui in refectionem æmuis pecuniam crediderunt: hi enim privilegium habent, ut prioribus creditoribus expressam hypothecam habentibus præferantur, *l. si ventri. 24. §. 1. de reb. auct. jud. poss. l. creditor. 25. ff. de reb. cred. l. 1. ff. in quib. caus. pig. tac. utr.* Secundo, pupillus licet tempore posterior, priori creditori expressam hypothecam habenti præfertur, *l. idemque. 7. ff. Qui pot. in pig. l. vlt. ff. de rat. distr. l. 3. ff. de reb. eorum qui sub tute.* Tertiò, mulier dotem retinens, præfertur aliis creditoribus tempore prioribus tam expressam quam tacitam hypothecam habentibus, in bonis mariti, quæ illi tacite pro dote recuperanda sunt obligata, *l. assiduis. C. Qui pot. in pig.* Quarto & ultimo, fiscus licet tempore posterior, præfertur prioribus creditoribus in bonis post fisci obligationem quæsitis. Alias priuatus creditor prior tempore præfertur filco posteriori in bonis quæsitis ante obligationem fisci, *l. si is qui. 28. ff. Qui pot. in pig. Cujac. lib. Obs. 10. c. 22. Conna. lib. 4. com. c. 17. num. 7.*

ASSERTIO LXXXIII.

Vsura est accessio sortis seu quantitatis.

Hæc definitio usuræ confirmatur rescripto Alexandri Imp. videlicet per *l. frumenti. 12. C. de usur.* ubi statuitur, frumenti vel hordei mutuo dati accessiones ex nudo pacto esse præstandas: quo loco per accessionem usura intelligitur. Porro usura non significat quamvis accessionem, sed tantam accessionem, quæ fit ad sortem seu quantitatem. Sortis seu quantitatis nomine intelligunt IC. non tantum pecuniam numeratam, verum res omnes, quæ mutuam functionem in suo genere recipiunt, & quæ pondere, numero & mensurâ constant, ut sunt vinum, oleum, frumentum *l. 2. §. vlt. & l. seq. ff. de eo quod cer. lo. l. 2. §. creditum. ff. de reb. cred.* Pro hisce rebus ingibilibus mutuo datis rectè exiguntur usuræ. Et quod pro nummis usuræ exigantur, probatur per *l. 1. 2. 3. & passim per totum tit. C. de usur.* Quod erò ad hordeum vel frumentum usura accedat, indicatur in *d. l. frumenti. l. de usur.* Denique in *l. oleo. 23. C. de usur.* Imper. Philippus respondit, oleo vel quibuscunque fructibus mutuo datis, usuras deberi.

Sed obstat huic decisioni *l. pro auro. 25. C. de usur.* ubi Imp. Constantinus sancivit, pro auro & argento & vestibus licitas solui vel promitti usuras.

P 2

Ibi

Ibi apparet pro vestibus licitè vsuras solui, cum tamen vestes non sint quantitates. Vnde milè definitur, vsuram esse accessionem ad sortem seu quantitatem. Resp. Pro vestibus vsuræ solui vel promitti possunt, quando hoc agitur inter contrahentes, vt vestes æstimate dentur, ita vt pecunia reddatur, quo casu pro veste ita datâ, vt pecunia reddatur, licitè vsura soluitur & promittitur. Idem dicendum est, si non vestes, sed aliæ quæcunque species dantur, & pecunia redditur. Sic in *l. 3. §. vlt. ff. de vsur.* traditur, Auro vel argento factò legato vsuras deberi, si testator materiam istam idè reliquit, vt eâ distractâ, & pecunia inde redactâ, legata soluerentur. Si verò testator idè aurum vel argentum reliquit, ut legatarius hisce vasis & scyphis vteretur, non sine rubore desiderabuntur vsuræ, idèquæ nec exigentur.

Secundò aduersatur *l. cum quidam 17. §. fin. ff. de vsur.* vbi deciditur, heredes qui statuas vel imagines Reipub. legatas non posuerunt, vsuras timentes Reipub. pendere debere. Atqui statuae & imagines non sunt quantitates. Vnde colligitur, quod non in solis quantitatibus, sed etiam in corporibus & speciebus vsuræ locum habeant. Resp. Statuis vel imaginibus Reipub. legatis, pecunia legata censetur, ex quâ statuae vel imagines confici possunt. *l. si legatum, §. ff. de oper. publ.* Ideoque statuis vel imaginibus non positis tempore à Prælide præfinito, propter moram præstantur vsuræ Reipub. vsque ad tertiam centesimæ, hoc est, vsuræ timentes. Tertiò obstat *l. 1. ff. de nau. fæn.* vbi non modo pecuniæ, sed etiam mercium ex pecunia comparatarum vsuras solui Vipianus scribit. Resp. Ibi non penduntur vsuræ mercium tanquam corporum, sed tanquam quantitatis & æstimationis, ita vt vsuræ pendantur pretij, quo merces sunt æstimate.

ASSERTIO LXXXIV.

Vsuræ debentur ex morâ, in bonæ fidei contractibus.

HÆc decisio multis ICtorum responsis & constitutionibus principum passim confirmatur. Sic enim Martianus inquit in *l. mora 32. ff. de vsur.* In bonæ fidei contractibus vsuræ ex mora debentur. Similiter Paulus respondit in *l. cum quidam 17. §. ex locato. ff. eodem.* Eum qui ex locato convenitur, ex mora vsuras præstare debere. Præterea à Gordiano Imperat. rescriptum est, vsuræ in depositi actione, sicut in cæteris bonæ fidei iudiciis ex mora venire. Porro debitor præstat vsuras ex mora in bonæ fidei contractibus, non vero in stricti juris contractibus, & propterea Imp. & IC. in rescriptis & responsis suis nominatim bonæ fidei contractuum mentionem faciunt,

erunt, ut ostendant in contractibus strictis ex morâ vsuras non deberi. Sed in contrarium adducitur. *l. Titia Sejo. 87. §. 1. ff. de legat. 2. & l. in minimorum C. in quib. caus. in int. rest. non est nec.* ubi traditur, quod legatorum & fideicommissorum vsuræ ex morâ debentur, quæ sunt stricti juris iura, ideoque in strictis negotiis vsuræ quoque ex morâ debentur. Resp. Atque regula, qua dicimus vsuras in bonæ fidei contractibus venire, non in negotiis strictis, excipienda sunt legata & fideicommissa, quorum natura licet stricta sit, tamen nihilominus ex iis vsuræ ex morâ debentur. Ratio ejus juris est fauor vltimarum voluntatum: in legatis namque & fideicommissis maior bona fides exigitur, quam in aliis negotiis strictis. Idque ideo receptum est, ut vltimæ defunctorum voluntates, quibus iura ut plurimum fauent, cum plenissimè conseruentur, & quam citissimè ad exitum perducantur. *l. vsura 34. ff. de vsur.* ubi dicitur, quod quoad vsuras & fructus attinet, legata & fideicommissa, bonæ fidei iudiciis & actionibus comparantur.

Secundò grauitèr aduersatur *l. 1. §. 1. ff. de vsur. & l. 5. C. de act. empt.* In hoc docet Papinianus, socium qui pecuniam communem inuasit, & in vsus suos conuertit, omnimodò etiam morâ non interueniente debere præstare vsus. In *d. l. 5.* sancitur, emtorem, qui nactus possessionem venditam, fructus percepit, partem pretii quam penes se habet cum vsuris restituere debere, licet nulla mora intercesserit. Resp. Mora dupliciter committitur; una est mora, quæ fit ex re ipsa, id est, ex solo tempore tardæ solutionis *l. cum 26. §. apparet. ff. de fideicom. libert. d. l. in minimorum. C. in quib. caus. in int.* Alia mora est, quæ fit per interpellationem oportuno tempore & loco factam *d. l. mora ff. de vsuris.* At verò quod dicitur in *d. l. 1. §. 1. ff. de vsur. & l. 5. C. de act. emp.* vsuras deberi morâ non interueniente, hoc accipiendum est de morâ quæ fit ex persona, seu per interpellationem, interim tamen mora re ipsa commissa est. Sic socius qui pecuniam communem in vsus suos conuertit, re ipsa moram committit, licet moram non committat ex persona, *h. e.* quia si socius non interpellauerit socium, ut pecuniam solueret. Ideoque socius ad vsuras tenetur, quia tardius soluit, mora enim re ipsa committitur ex solo tempore tardæ solutionis. Similiter quoque in *d. l. 5. C. de act. empt.* mora fuit ex re facta sine vlla interpellatione, quod ex duabus rationibus constat. Nam primò ibi minor 25. annis fuit venditor, cui vsuræ præstari debentur, atqui minori viginti quinque annis mora fit in re, id est, ex solo tempore tardæ solutionis *d. l. in minimorum. C. in quib. caus. in int. rest.* Altera ratio est, quia emtor nactus est possessionem fundi venditi, & ex eo fructus percepit; ideoque æquum est, ut in vicem perceptorum fructuum pretium cum vsuris reddat. Eo enim ipso, quod emtor re vendita & tradita fruitur, acquisitam est cum vsuras pretii pendere, quia moram re ipsa committit, quod

rei venditæ fructus percipit, & pretium non persoluit: unde & æquum est eum
 vsuras pæcti præstare debere. *l. Iulianus. 13. §. ex vendito ff. de act. empt.* Hinc
 consequenter intelligitur, verum id esse quod dicimus, in bonæ fidei contra-
 ctibus vsuras deberi ex morâ, quæ vel ex personâ facta est, puta interpellatio-
 ne præcedente, vel saltem re ipsâ commissa est. Ita tradunt *Borcholt. de vsur. c.*
3. a num. 13. vsque ad 33. Donel. in tracta. de mora c. 6. in princ.

ASSERTIO LXXXV.

Actori incumbit onus probandi, non autem Reo.

ACTORI qui iudicio aliquid persequitur, siue agat actione civili siue
 criminali, onus probandi incumbit, reus autem non adstringitur neces-
 sitate probandi. *l. 2. l. 8. & l. actor. 23. C. de probat.* Actore enim non pro-
 bante reus, etiam si nihil probauerit, nihil præstiterit, nihil pro se allegauerit,
 absolui debet, *l. qui accusare C. de edendo. l. negantes 9. C. de oblig. & act.* Ra-
 tio autem, cur actori incumbat onus probandi, non autem reo, hæc est, quia
 in pari causa pro possessore iudicatur. *l. 2. C. de cond. ob turp. caus. l. in pari.*
128. ff. de R. I. Cur autem in pari causa ita iudicetur, duplex ratio adferri
 potest, prima est, quia reus est fauorabilior actore *l. fauorabiliores 125. ff. de*
R. I. Et cum propensiores simus ad absoluendum, quam ad condemnan-
 dum, iudicamus potius pro dissoluenda obligatione, quam pro eâ constitu-
 enda. *l. Arrianus ff. de Obligat. & act.* Altera ratio est, quia actor affirmat, reus
 verò negat, atqui per rerum naturam efficitur, ut probanda sit affirmatio, non
 verò negatio *l. 2. ff. de probat. l. actor. 23. C. eodem.*

Aduersatur primò huic regulæ *l. circa. 14. ff. de probat.* ubi reo iniungitur
 onus probandi, non actori. Resp. Ideo reus ibi probat suam intentionem,
 quia vtrò suscipit in se onus probandi, sed inuitus reus non adstringitur ne-
 cessitate probandi, neque inuitus cogitur probare, *d. l. actor.* Unde & si reus
 in probatione, quam vtrò suscipit, defecerit nihilominus tamen si actor non
 probauerit petitionem suam, reus est absolvendus. DD. in *d. l. actor.*

Secundò opponitur *l. civile 5. C. de furt.* ubi dicitur non esse in civile quod
 actor desiderat, ut reus exhibeat venditorem à quo dicit se rem petitam emis-
 se. Resp. Ea defensio exigitur à reo possessore rei furtiuæ, ut euitet suspici-
 nem furti, quia res surrepta apud illum fuerat deprehensa, & cum interroga-
 retur, unde illam haberet, dicebat se ab ignoto & transunte emis-
 se, hinc erat contra eum aliqua suspicio furti, ad quam auertendam debet indicare
 venditorem.

Tertio

Tertio decisione obstat hoc argumentum. Quoties actor semiplenè pro-
mit suam intentionem, tunc iudex defert reo plerumque iusiurandum, ut le-
uget, interdum etiam ipsi actori defertur iusiurandum, ut si reus minus fide-
gnus sit. *l. ult. ex. de iurejur. l. 3. C. de reb. cred. l. admonendi 31. ff. de iurejur.*
ergo non semper reus absoluitur, si actor intentionem suam legitime non
obavit. Resp. Vbi actor planè nihil probavit, reus omninò absolvendus
est, vbi vero semiplenè probavit, tunc quia suspicionibus aliquibus de præ-
sumtionibus reus grauatus est, debet se iuramento purgare.

Quarto opponitur *l. sine possidetis 12. C. de probat.* vbi cum frater peteret
fratre petitione hereditatis prædia paterna, & hereditaria, & frater assereret
prædia sibi esse donata à patre, cogitur frater qui reus est, etiam si possideat
prædia, probare sibi illa à patre esse donata. Resp. Hoc casu fratri ideo in-
imbit probatio assertæ donationis, quia alter frater actor adiuuatur præsum-
ptione juris, quod scilicet mortuo patre filii præsumuntur esse hæredes & do-
mini bonorum paternorum. *l. in suis. ff. de lib. & posth.* Itaque cum alii fra-
es affirmant se esse dominos ex causa donationis, hoc probare tenentur, quia
præsumtio iuris in eos transfert onus probandi; donatio enim non præsumi-
tur, nisi probetur, *l. cum de indebito 25. ff. de probat.* Quoties ergo præsumtio
est pro actore contra reum, tunc reus grauatur onere probandi, quia effectus
præsumptionis est, ut onus probandi incumbat ei contra quem militat præ-
sumtio. *l. si pactum 9. l. si chirographum 24. ff. de probat. l. dotem 30. ff. de
r. dot.*

Ultimo obstat *l. vbi 22. C. de fals. & l. ult. C. de abolit.* vbi in criminibus
scæ majestatis, peculatus, & falsi, ab vtraque parte exiguntur probationes.
Resp. Hoc specialiter receptum est in hisce atrocibus criminibus. Quod ta-
men ita intelligendum est, non ut probatio exigatur à reo, quasi actore non
probante sit condemnandus, sed ut probatio rei opponatur probationi ac-
cusatoris atque ita veritas magis elucescat, ne ex probationibus actoris con-
demnetur reus, qui fortè melioribus probationibus oppositis se tueri potest.

ASSERTIO LXXXVI.

Homo præsumitur viuere vsque ad centum annos.

DECISIO hæc, quod homo præsumatur viuere vsque ad centum annos,
nisi probetur mortuus esse, ab Accursio aliisque DD. communiter re-
cepta & approbata est. Ita tradit Accurs. in *l. 2. §. si dubitetur. ff. Test. quem ad.*
res. Eaque assertio probatur in *l. an vsusfructus 56. ff. de vsusfructu.* vbi traditur,
quod

quod usus fructus ciuitati relictus duret vsque ad centum annos, addita hac ratione, quia hoc tempus finis longæui hominis esse dignoscitur. Idem affirmatur in *l. ult. C. de SS. Eccles. & Novel. 9. Ut Eccl. Ro. cent. ann. ga. d. præscr.* ubi asseritur, quod contra Ecclesias & pia loca currat tantum centi annorum præscriptio, subiecta hac ratione quia hoc tempus vitæ longæui hominis plerumque finis dijudicatur. / Hujus rei hic est effectus, quod si aliquis peregrinæ absentis hæreditatem tanquam proximus hæres ab intestato adire & amplecti velit, is prius probare cogitur, eum de cuius hæreditate agitur, è viuis excessisse, vel jam à tempore natiuitatis ejus tempus centum annorum effluxisse: præsumptio enim est, eum tamdiu per rerum naturam superstitem esse posse, ideóque nulla ejus tanquam viuentis hæreditas ad hoc vsque tempus ad aliquem delata dici potest, nisi certo probetur eum mortuum esse *arg. d. l. 2. §. si dubitetur. l. qui superstitus 94. ff. de acq. hered.* /

Contra hanc decisionem tale mouetur argumentum. Conjecturæ & præsumptiones sumuntur à communiter accidentibus: sed ex quotidiano vitæ humanæ cursu apparet, paucissimos homines ad tempus centum annorum vitam suam producere. Ergo non rectè, neque verè dicitur præsumi hominem viuere vsque ad centum annos. Resp. Hac obiectio non tollit hanc præsumptionem juris: Nam hac decisio ita accipienda est, quod per rerum naturam & vitæ humanæ cursum, possit homo ad centum annos vitam suam extendere. Cum ergo potentia per præsumptionem juris censeatur hominem ad centum annos viuere posse, ille qui dicit hominem aliquem adhuc viuere, quod cursus vitæ ejus nondum attingit centesimum annum, per præsumptionem juris fundatam habet suam intentionem, quoad aduersarius probet eum de quo disceptatur, esse mortuum, quia præsumptio juris releuat eum pro quo stat præsumptio, ab onere probandi & transfert onus probandi contrarium in aduersarium *l. siue possidetis. C. de proba. l. ult. in princ. ff. Quod met. caus. melior tex. in l. generaliter, §. si peritum. in fin. ff. de fid. lib.* Porro neque hoc rarum & infrequens est, ut homo ad centum annos vitam suam extendat, quod communi experientia mundi. variisque exemplis demonstrari potest. / Quod imprimis inter cætera comprobatur testimonio sacre Scripturæ. *Genes. 6.* ubi Deus Opt. Max. terminum humanæ vitæ definit centum viginti annorum spacio. Vnde Abrahamum, Isaacum, Iacobum, Moysen, aliosque multos Patriarchas hoc spaciū vitæ longè excessisse sacra litera aperte ostendunt. *Deuteronom. c. vltim. numero 17.* ubi refertur, quod Moyses centum viginti annorum erat, quando mortuus est, Abraham autem vixit annos centum septuaginta quinque. Eundem etiam terminum vitæ attingisse Claudium Mathematicorum doctissimum, Tiebelius Pollio scriptum reliquit. Præterea Democritum summa animi tranquillitate

uillitate vitam perduxisse vsque ad 109. ætatis suæ annum, testis est *Philip. Melanth.* in libello de anima. Adhæc Terentiam Ciceronis vxorem 117. annis ixisse, Clodiam Ofelli 115. annis superstitem fuisse, testatur *Plinius lib. 7. ep. 48.* Iustinianus etiam Imp. in §. *si vero intra*, *Non. de Monach.* refert se gisse cum Zosimo Abbate centesimum & vigesimum ætatis annum agente. Denique testantur historiae Hippocratem vsque ad centesimum quartum annum vitam suam produxisse. Galenum porro 120 annos vixisse scribitur, idque hac victus ratione esse consecutum, quod à cœna vel prandio nunquam atur abierit. Vesci enim citra saturitatem, impigium esse ad laborem, vitale emen conferuare, hæc tria esse longè saluberrima scriptum reliquit *Plutar. libel. de sanit. tuen.* Plura longioris vitæ exempla commemorata reperies pud *Cal. Rhodoginum lib. 20. antiq. lect. c. 134.* Verior itaque hæc est sententia, legibusque & probatorum authorum scriptis magis consentanea, quod homo naturaliter præsumatur viuere vsque ad centum annos, nisi probetur contrarium. Quod & communi DD. calculo comprobatum est, licet dissentiant *Coras. lib. 5. Miscel. c. 18. Arius Pinel. ad l. 2. C. de rescind. vend. part. 3. 4. n. 33. Menoch. de presump. lib. 6. presump. 19.*

Opponitur *l. si quis argentum §. fin autem. vers. in redditibus C. de donation. bi* traditur in donatione reddituum ad vitam, sumi spacium quindecim annorum: quia tantum homo viuere præsumitur. *Glos. ad d. l. Resp.* Hoc speciale est in donatione reddituum ad vitam. Ratio hæc est, quia cum donator sua liberalitate conueniatur, mitius cum eo agendum est, ne alioqui beneficium sit ipsi damnosum. / Ita tradit *Tiraquell. de retract. lignagier §. 1. Gloss. num. 20.*

ASSERTIO LXXXVII.

Scriptura regulariter non pertinet ad essentiam, sed ad probationem contractuum.

PRO regula passim in iure traditur, quod instrumenta & scripturæ in contractibus, non ad substantiam, sed tantum ad probationem contractus adhibeantur, vt scilicet id quod actum est, per scripturas facilius probari possit: sine his autem valeat id quod actum est, si testibus aliisque legitimis probationibus contractus fides probari & doceri possit. Sic pignus, emptio, locatio, matrimonium, alique contractus efficaciter valent & subsistunt, licet scriptura nulla interuenerit, dummodò de voluntate & consensu contrahentium aliis legitimis probationibus constet. textus sunt expressi in *l. 4. ff. de pig. 4. ff. de fid. instr. l. cum res. 12. C. de probat. l. 9. & 10. C. de fide instr.*

Q

Opponitur

Opponitur huic assertioni *l. 1. C. de jur. emph.* ubi traditur, quod scriptura ad substantiam contractus emphyteutici necessario interuenire debeat. Resp. Hoc speciali ratione constitutum est, ut contractus emphyteuticus absque scriptura perfici non possit. Cum enim plerumque hic contractus in perpetuum vel ad longissimum tempus memoriam hominum excedens ordinatur, & testes facile interiri possint, aut obliuioni tradere, quæ a tam longinquo tempore gesta sunt, & ita hujus contractus fides facile extinguipossit, hinc factum est, ut hic contractus literis & instrumentis, tanquam fidelissimis rerum & negotiorum custodibus committi debeat, quo sic fides & gesta veritas temporis decursu non vacillet, & ab obliuione commodissime hic contractus vindicari possit.

Secundò obijcitur *l. contractus 17. C. de fide instr. & Inst. de emp. & vend. in princ.* ubi traditur quod inter emptorem & venditorem conuenit, ut emtio in scriptis redigatur, tunc emptio non censetur perfecta, antequam scriptura sit completa. Resp. In eo casu scriptura in emtione necessaria est propter conuentionem contrahentium, qui nominatim pacti sunt, ut scriptura ad contractum emtionis sit necessaria, quæ conuentio facit, ut non tantum ad probationem, sed etiam ad substantiam emtionis scriptura interuenire debeat. Vnde cum conuenit, ut scriptura adhibeatur emtioni, tunc hæc scriptura adeò est necessaria, ut contractus emtionis non intelligatur perfectus, nisi scriptura sit absoluta, unde & per pœnitentiam ab eâ recedere licet, quandiu scriptura non est perfecta & completa. *d. l. contractus.*

Tertio aduersatur *Auth. hoc jus porrectum. C. de sac. Eccl.* ubi statuitur, res Ecclesiæ oppignorari non posse, nisi interueniat scriptura. Resp. Hoc specialiter est receptum in oppignoratione bonorum immobilium Ecclesiæ, nam & alias generaliter traditum est, quod omnes alienationes rerum Ecclesiasticarum in scriptis fieri debeant. *c. sine exceptione. 12. qu. 2. c. hoc jus. 10. qu. 2. VV. senb. in parat. ff. Si ag. vect. per.* Plures casus quibus scriptura ad substantiam contractuum & pactorum necessaria est, vide apud *Accurs. ad l. pactum 17. C. de pact.*

ASSERTIO LXXXVIII.

*Scripturæ diuersæ & contrariæ ab eadem parte prolatae,
fidem sibi inuicem derogant.*

DIVERSITAS & repugnantia scripturarum ab eadem parte in iudicio productarum, facit fidem illis non adhiberi. *tex. in l. scripture. 14. C. de fid. instr. c. impatori ex. eodem. tit.* Ratio assertionis est, quod qui contrariis instru-

Instrumenta producit, utrumque verum esse fatetur, quod tamen est contrarium, ut duo contraria simul esse vera possint, ideoque propter repugnantiam fides his derogatur. *l. ubi pugnantia. 88. ff. de R. I.* Exemplum hujus decisionis poni potest, si proferantur duo testamenta eodem die scripta, sed alioque alio hærede instituto, ut nescias utrum eorum sit posterius, nam hic utrumque alteri sic derogabit fidem, ut ex neutro adiri possit hæreditas. *Glos. l. 1. §. 1. ff. de bon. poss. sec. tab.* Repugnant etiam sibi instrumenta, & si contrarietas sit tacita, & per indirectum, veluti si duorum instrumentorum altero contineatur me Louanii accepisse mutuo, altero verò eodem die Romæ, quod locorum distantia non patitur. *l. optimam C. de contr. stipul.* Procedit item hæc decisio tam in actore quam reo, licet major videatur esse ratio in reo, propterea quod reus pluribus defensionibus etiam diuersis & contrariis uti potest. *l. nemo. & ibi Gl. ff. de except. c. nullus pluribus. de R. I. in 6.* In actore verò nulla est admissa contrarietas *l. 1. C. de furt.* Sed sanè neutri parti propositio est permissa. *Salyc. ad d. l. scriptura.*

Opponitur huic enunciato, quod si testes ab eadem parte producti sibi inuicem contraria deponant, quod fidem sibi inuicem non derogant, sed statim sibi dignioribus, honestioribus, & verisimiliora deponentibus *l. ob. carmen. §. 1. ff. de test. l. iurisiurandi 8. C. de testib. Nou. 90. de testib. c. in presentia. & ibi glossa in verb. diuersa. ex. eo.* Atqui parem vim & fidem in probando obtinent instrumenta, & testes *l. in exercendis 15. C. de testib.* Ergo eodem modo dicendum est, quod non statim contraria instrumenta fidem sibi derogant, sed dignioribus scripturis standum est. *Resp.* Aliud obtinet in testibus quam instrumentis ab eadem parte productis, quia si testes diuersa vel contraria dicunt, stabitur dignioribus, scripturæ vero contrariæ sibi inuicem fidem derogant. Ratio diuersitatis est, quod producenti nihil imputari potest, cur produxerit testes contraria testimonia perhibentes, cum ipse non potuerit prævidere, quid dicturi essent, nec licuerit ei testes conuenire instruendi testimonij causa, priusquam deponerent. Sed instrumenta priusquam producantur, peragi & examinari possunt à producente, num sint repugnantia, quod cum factum non fuerit, & contraria instrumenta produxerit, imputari merito debet producenti, quæ ratio redditur in *c. imputari. ex. de fide instr.*

Secundò prædictæ decisioni obstat, quod binis tabulis testamenti prolatis, ut in alteris centum, in alteris verò contineantur quinquaginta alicui legata, deberur tamen minor quantitas *l. Sempronius Proculo 47. de legat. 2.* ubi tamen secundum dispositionem hujus assertionis nihil consequetur legatarius, sed scripturæ contrariæ sibi inuicem fidem derogarent. *Resp. Salyc. ad d. l. scriptura C. de fid. inst.* quod in *d. l. Sempronius*, non producebantur scripturæ diuersæ ab una eademque persona, sed à legatario

adferebatur testamentum, quod maiorem quantitatem comprehendebat, ab hærede verò, quod minorem continebat. Vel si dederis ab vna eademque personâ, nempe legatario, ambas scripturas fuisse productas, multum tamen adhuc differentia est, cum casu *d. l. scriptura*. Ibi enim legatarius binas illas tabulas ut diuersas protulit ad diuersos fines: nempe ut vtrumque legatum consequeretur. Quantitas enim facillè est multiplicabilis, & scriptus legari potest. *l. quinquaginta. ff. de probat. l. planè. 34. §. sed si ff. de leg. 1.* Hic verò scripturæ diuersæ producuntur ad vnum eundemque finem, ad quem scilicet in exordio litis conclusum est. Præterea in allegata lege contraria hæres consentiebat implere, quod in alteris tabulis erat relictum, nempe minorem quantitatem. Neque enim intendebat vtrasque impugnare, quod vix quaque facere potuisset, nisi & suam institutionem euertere voluisset, hic verò vtramque scripturam contra se productam negat, & vnius fidem impedit altera, cum quod vna adstruit, altera destruit.

ASSERTIO LXXXIX.

Latior declaratio Assertionis 87. quod instrumenta & scripturæ non pertinent ad substantiam contractuum, sed ad probationem.

SI contractus & pacta bonâ fide sint inter contrahentes celebrata, licet scriptura non interuenient, tamen si aliis probationibus rei gestæ veritas confirmari potest, tanquam validè & legitimè confecta inuiolabiliter custodiri debent. *l. pactum. 17. C. de pact.* Pacta itaque & contractus valent etiam non interueniente scriptura. Instrumenta enim non ad substantiam negotiorum & contractuum, sed ad fidem & probationem adhibentur. Ideoque si aliis etiam probationibus, puta testibus, confessione partis, aliisque documentis rei gestæ veritas confirmari potest, nihilominus valet quod actum est *l. 4. ff. de pignor. l. 4. ff. de fide instr. l. 5. C. de transact.*

Sed huic decisioni primò opponitur. *l. contractus. C. de fide instr.* vbi contractus venditionis non aliter valet, nisi scriptura accesserit, instrumentaque sint in mundum redacta, & omnibus suis numeris completa. Resp. Hoc idè statutum est, quia inter contrahentes ita conuenerat, ut contractus non aliter valeret, quam si scripturæ committeretur, ideoque conuentio dat formam & legem contractui. *l. 1. §. si conuenit. ff. de pos.* vbi dicitur, quod contractus ex conuentione legem accipiunt. Concordat *l. contractus 23. in verb. quod conuenit, legem contractus dedit. ff. de reg. jur.*

Secundò

Secundò aduersatur, quod contractus emphyteuseos non aliter de jure consistit, nisi scriptura interueniat. Ideoque aliquando ad substantiam contractus scriptura requiritur. *l. 1. C. de jur. emph.* Resp. Hoc idè est introductum, quia contractus hic plerumque fit in perpetuum, vel ad tempus memoriam hominum excedens. Vnde quia testium memoria est labilis, facile testes mori possunt, tutius est hunc contractum instrumentis & literis fidelissimis rerum custodibus committere. *Coras. ad l. 1. C. de jur. emph.*

Tertiò objicitur *l. generaliter. 13. C. de non nu. pec.* ubi statuitur, quod si quis in scriptis confessus sit se ex certâ aliqua causa quid debere, non potest contrarium probare, nisi per aliam scripturam. Resp. Specialis istius juris ratio in eadem lege subjicitur, quia nimis indignum est, ut quod quisque a voce dilucidè protestatus est, id eum velle infirmare, testimonioque proprio resistere. Itaque quia turpe est venire contra propriam confessionem merito hic alia probatio non sufficit, quam quæ scriptura constat.

Quartò refragatur huic assertioni, quod donatio excedens 500. aureos, non aliter valet, quam si in acta & scripturam publicam redigatur, & notationi magistratus competenter insinuetur. *l. sancimus. 34. C. de donat.* Resp. hæc immensa donatio idè debet insinuari, & in acta publica seu libros citatum redigi, ne prodigaliter quis liberalitatem suam exerceat, & ut vasis fraudibus occurratur, quæ in eliciendis huiusce immensis donationibus cogitari solent, quæ ut præcaueantur, statutum est à legislatoribus, ut non inter hæc donationes rata sint, nisi insinuentur notationi magistratus, & de his scriptura publica conficiatur. *VVesenb. in parat. ff. de donat. nu. 6.*

Quinto repugnat *Auth. hoc ius porrectum. C. de SS. Eccles.* ubi constituitur, quod res immobiles Ecclesiæ non possint alienari, nisi interueniente scriptura. Resp. Hoc specialiter & singulari jure introductum est in fauorem Ecclesiarum & aliorum piorum locorum, ne eorum prædia & possessiones faciliè alienari possint, nisi maiori aliqua solemnitate interueniente.

Sexto opponitur *l. 1. C. de mand. Princ.* ubi statuitur, quod in mandatis incipum allegandis nemini fides adbibetur, nisi exhibito diplomate in scripturam redactò. Resp. Puto & hoc speciali jure introductum esse: idque propter hanc rationem: quia cum Principes grauiorum & plurimorum negotiorum mole sunt occupati: possent faciliè per incogitantiam & precipitantè aliquid mandare, quod tamen non serio & certo factum vellent, eoque ut certius de voluntate Principum constet, rectè placuit, mandata incipum non aliter valere, quam si per scripturam probentur.

Septimò & vltimò obstat. *l. 3. C. Si min. je mayo. dx.* ubi statuitur, quod minor 25. annis in instrumento iurauit se maiorem, quod contra hanc statam assertionem non restituatur in integrum, nisi per instrumentum probet

probet se minorem 25. annis. Resp. Et hoc propter religionem jurisjurandi singulariter est introductum, ut fides jurisjurandi sanctè observetur, & non temerè jusjurandum in scriptis deliberato præsinitum violetur. Ideoque non aliter admittitur minor ad infringendam confessionem ætatis suæ propriæ scripturæ & jurejurando confirmatæ, quam per contrariam scripturam. Accedit & altera ratio, quod quoties agitur de probandæ ætate, plus valent instrumenta, veluti professiones natales & censuales, quam testes *l. i. C. de test.* Tenere enim annorum memoriam est difficile. Vnde facilius admittitur in hoc casu probatio instrumentorum quam testium *l. 3. §. dñs. ff. de Carb. edict.* Postremo notandum, quod his casibus, quibus scriptura necessario requiritur ad substantiam contractuum vel negotiorum, si scriptura casu aliquo fortuito deperdita est, tunc probato casu fortuito amissionis instrumentorum admittuntur testes: qui de veritate ipsius rei vel negotii fidem faciant. *l. testium in fin. Cod. de testib. Alciat. ad l. pactum. 17. C. de pact. in fine.*

ASSERTIO XC.

Mulier in criminalibus causis testis esse potest.

MULIEREM posse esse testem in criminalibus causis, probat aperte. *l. 2. ff. de accus.* ubi traditur mulierem non cogi contra consanguineos in causis criminalibus dicere testimonium. Ergo potest si velit testis esse, imo contra extraneos in criminibus ut testimonium dicat, cogi potest. Idem probat. *lex eo. 18. ff. de testib.* sumto argumento à contrario sensu: dum enim ibi dicitur, mulierem damnatam publico judicio repelli à testimonio, in crimine adulterij, sequitur à contrario, mulierem non damnatam publico judicio, posse sicut in crimine adulterij, sic & in aliis criminibus testimonium dicere. Denique hæc sententia confirmatur per *l. qui testamento. 20. §. mulier. ff. qui test. fac. poss.* ubi mulier specialiter prohibetur esse testis in testamentis. Ergo in aliis causis admittitur.

Sed contra objicitur hoc modo. Mulier non potest esse testis in testamentis. Ergo multò minus in causis criminalibus testimonium dicere poterit, quia cui non licet quod minus est, utique nec licet quod plus est. Minus autem est in testamentis, quam criminibus testimonium perhibere, quia in causis criminalibus de vita & salute hominis agitur, in testamentis autem tantum de bonis defuncti disponitur. Resp. Hoc quod mulier non possit esse testis in testamento inde provenit, quod veteres ad solennia nec mulierem, nec servum, nec impuberem, nec peregrinum admittebant. *l. qui testa-*
mento.

nento. §. servus. ff. Qui test. fac. pess. Ideo autem mulier testis esse in testamento prohibetur, quia propter textus inexpertiam non satis intelligit eas fraudes, & insidias quae in subornandis testamentis à peritis architectis earum erum strui solent. *d. l. qui testamento. §. mulier.* Porro in criminalibus causis deò mulier in testem admittitur, licet in testamentis secus sit, quia licet vni-
 que delectum adhibere, quosnam velit testes in testamentis adscribere, gra-
 uiores scilicet, & personas maxime spectatae fidei, cum testamenta fiant testi-
 us ad hoc specialiter conuocatis & rogatis, & à testimonio testamentario
 mulier iure civili remouetur. In criminibus vero vel aliis negotiis proban-
 lis ideo mulier admittitur, quia testes ab initio vocati hic ferè non produ-
 untur, sed qui sunt fortuito praesentes facere, testes ibi adhibentur, *l. ad fi-
 lem. ff. de testib. Bero ad §. testes autem. Inst. de testam. ordin.*

Secundò obijciunt, quod testes à testimonio prohibentur propter lubri-
 um consilii, sed mulier habet lubricum & imbecille iudicium: praeterea va-
 rium & mutabile semper est foemina. *l. filia in orbitate. 20. C. de inoff. testam.*
 Resp. Mulier in criminibus testis esse potest, ideo quia probationum copia
 non est angustanda. Deinde hoc non est perpetuo verum, quod foeminae sint
 ubica & inconstantes, cum pleraeq; foeminae magis sint constantes & fide-
 es in veritate dicenda quam viri. Adde quod testes iuramentum praestent de
 veritate proferenda, cuius religio impellit & mouet mulieres, ut sincere &
 fideliter dicant testimonium. Hanc opinionem quod mulier possit esse testis
 in criminalibus causis, sequuntur & approbant *Gom. 2. tomo. 3. resol. c. 12.
 num. 13.* vbi notat ab hac opinione in iudicando & consulendo non esse rece-
 lendum. Eandem sententiam defendunt *De ius ad l. 2. in princ. ff. de R. I.
 sigl. ad §. testes. Inst. de test. ord.* Et haec sententia quod mulier in causis cri-
 minalibus testis esse possit, communi Doctorum calculo est recepta, ut testa-
 tur *Tobias Nonius ad §. testes autem. nu. 18. Inst. de testa. ordin.* Planè iure Ca-
 non. aliud receptum est, nam eo iure in causis criminalibus testis esse non
 potest mulier. *c. forus. ex. de verb. sign.* vbi addit rationem Pontifex, quia va-
 rium & mutabile testimonium semper foemina producit *Concord. c. mulie-
 rem 33. q. 4. 5.*

ASSERTIO XCI.

*Parentes & liberi neque pro se, neque contra se testimo-
 nium dicere possunt.*

PARENTE S & liberi neque aduersus se, neque pro se testimonium per-
 hibere possunt. *l. parentes. 5. C. de testib. l. testis idoneus. 9. ff. eodem.* Ratio
 prioris

prioris est, quia liberi debent honorem & reuerentiam suis parentibus, unde contra eos testimonium dicere prohibentur. Ratio posterioris est, ne sibi quis quodammodo dicat testimonium, cum pater & filius largè reputentur pro vna eademque persona. *l. vii. C. de imp. substit.* Porro non modo iniuri, sed ne quidem volentes possunt dicere testimonium inter se parentes & filii. Quinimò nec contra volentes potest dici testimonium, licet pater & filius consentiant, vt aduersus se dicatur, quia hoc casu iudex eos repellet à testimonio, ne scandalum inter eos orietur. Ita notat *Accurs.* in *d. l. parentes*, quem omnes sequuntur arg. *l. quos prohibet. ff. de postul. & l. alia causa. 14. §. 1. ff. Solut. matr.* A qua tamen sententia discedit *Zajus lib. 1. sing. resp. c. 11.* qui existimat patre consentiente posse filium aduersus se dicere testimonium, eo quod reuerentiæ nexus hic non violetur, ne consentienti fiat vlla iniuria. Verum probabilior videtur *Accurs.* sententia, quod omnino testimonium inter eas personas sit interdictum, quia tex. in *d. l. parentes*, non dici repelli posse testem, seu excipi aduersus eum, quo casu posset non excipiendo & non repellendo tolerari testimonium, sed in totum ne quidem volentes eos admittendos esse ostendit.

Objicitur huic assertioni *l. etiam. 16. & l. Imperatores, antepenult. §. 1. ff. de probat.* vbi parentes & filii inter se testimonium dicunt. Resp. Pro arato vel natiuitate filiorum probanda, parentes pro liberis in testes admittuntur, quia hæc certissimè eis nota sunt. Verum in hoc casu non plenam probationem faciet testimonium parentum, sed tantum præsumptionem adferet pro filiis, ita vt iudex inde ansam veritatis latius indagandæ & inquirendæ arripiat.

Secundò aduersatur *l. qui testamento. 20 §. per contrarium. ff. de testa.* vbi pater potest esse testis in testamento filiam ante institutionem testamentum facientis. Resp. Hoc in testamentis ideo procedit, quia hoc casu nullum commodum acquiritur filio per testimonium patris, sed hoc tantum agitur, vt testamentum sortiatur effectum. Itaque in iudiciis merito paternum testimonium reprobat, cum ibi de commodo producentis agatur.

Tertiò opponitur *c. 3. ex. Qui matr. accus. poss. l. de tutel. C. de in integrum rest.* vbi in casu matrimoniali ad probandam consanguinitatem parentes & consanguinei admittuntur in testes. Resp. Hoc speciali casu parentes pro filiis admittuntur in testes, quia melius sciunt suam consanguinitatem proximæ, quam extranei. Hæc autem exceptio ita est intelligenda, si quæstio sit, an matrimonium propter consanguinitatem sit prohibitum nec ne. Nam si quæstio esset de ipso consensu, id est an re ipsa matrimonium contraxerint, non essent parentes idonei testes, quia suspecti sunt: vt puta pater deponens filiam suam nobiliori & ditiori nupsisse; sine dubio propensior esset ad testan-

ad testandum pro filia, quam pro sponso filia. in causa autem consanguinitatis aut simili ideo admittuntur; quia eam melius scire possunt quam extranei. *c. super eo. 22. ex. te de testib.*

ASSERTIO XCII.

Neque testi injurato creditur, neque uni testi fides adhibetur.

DVÆ sunt hujus assertionis partes, comprobatae in *l. iurijurandi. 8. C. de testib.* In prima constituitur quod testi sine juramento non creditur.

Quod optima ratione introductum est, ut scilicet testes timore Dei, conscientiae sinceritatem reseruant, veritatem bona fide attestentur. Iurare autem debent testes de veritate dicenda pro utraque parte, & super tota controversia, item de omnibus iis, quae interrogabuntur. Ita tradit *Accurs. in d. l. arg. §. praterea nulli. Nou. 123.*

Opponitur *Auth. sed iudex. C. de Episc. & cle.* ubi Episcopo injurato creditur. Resp. Ab hac regula excipitur Episcopus, favore enim religionis ejus testimonio fides adhibetur, licet non juret.

Secundò aduersatur, quod testes etiam injurati admittantur ad testimonium, si à partibus remittatur jusjurandum, nam & consensu partium remitti potest à testibus jusjurandum. *arg. l. 1. ff. de feris. tex. rotundus in cap. 39. extra. de testib.* Resp. Quilibet potest juri pro se introducto renuntiare. *l. penult. C. de pact.* Ideoque aduersarius potest renuntiare juri suo, quod videtur pro se esse introductum, ne credatur contra eum testi injurato.

Tertiò opponitur. *l. 1. ff. de ventr. inf.* ubi creditur obstetricibus etiam injuratis, renuntiantibus an mulier sit pragnans, nec ne. Resp. Excipiuntur & ab hac generali decisione obstetrices. Quoties enim tractatur de ventre inspiciendo, hoc est, quando quaeritur, an mulier sit pragnans nec ne, tunc creditur obstetricibus etiam injuratis, renuntiantibus mulierem esse pragnantem vel non. *d. l. 1.* Quod tamen ita exaudit ibi Accurs. ut non praestent juramentum veritatis, sed sufficiat ab iis juramentum credulitatis praestari, quod scilicet credant & existiment se ita rem habere. Sic enim omnibus artificibus peritis in arte sua, attestantibus secundum regulas suae professionis, se existimare verum esse quod dicunt, fides adhibetur. Unde & creditur medicis seu chirurgis, si asserant vel existiment vulnus esse lethale. *c. significasti. extra de homicid. l. semel. 6. C. de re milit. lib. 12.*

Secundò in hac assertionem haec statuitur regula, quod uni testi perhibenti testimonium non credatur. Vox enim unius, vox nullius est, ut inquit

R

Baldus.

Baldus. Quod & diuina lege cautum est. *Leuit. 24. & Deut. 17.* hisce verbis. In ore duorum aut trium peribit, qui interfecerit. Iuxta os autem vnus testis nemo interficiatur, & rursus *cap. 19. Deutero.* In ore duorum vel trium stabit omne verbum, quod Christus repetit *Matth. 18.* Nam cum regulariter ad probationem validam requirantur duo testes. *l. vbi numerus. ff. de testib.* vnus testis non sufficit, etiamsi præclaræ curiæ honore præfulgeat, id est, etiamsi sit senator. *d. l. 8.*

Objicitur *Nov. 73. §. certè si ad vnum. & l. si quis decurio. 21. C. Ad l. Corn. de fals.* vbi creditur vni tabellioni. Resp. Sic enim ait Imp. Constantinus, quod scripturæ veritas, si res poposcerit, per ipsum Tabellionem probari debet. Propter publicum officium quod sustinet Notarius, ei soli fides adhibetur, si fortè manu ejus instrumentum scriptum esse negetur, & ipse affirmet se scripsisse, tunc enim instrumenti vel scripturæ veritas per solum Notarium probatur.

Secundò opponitur. *l. vice. 20. & l. in donationibus. 31. C. de donat.* vbi donatio vno teste probatur. Resp. Excipitur hic casus ab hac regula. Si quis enim vice donatoris, voluntate ejus subscribat donationi scriptæ, donatio rata erit, & ad probationem ejus vnus testis sufficiet.

Tertiò opponitur *can. cum itaque. dist. 4. de consecrat.* vbi vni testi creditur. Resp. Quoties nemini fit præjudicium, tunc vni testi jure creditur, vt puta si per vnum testem probetur aliquem esse baptizatum, aut egisse poenitentiam.

Quartò opponitur. *l. Theopompus. ff. de dot. præleg.* vbi vni testi fides adhibetur, cum testator iussisset filiæ suæ dotem dari ex arbitrio vnus personæ. Resp. Vni testi creditur, quando partes ita inter se conuenerunt, vt super contractu vel pacto stetur vnus dicto, vel quando testator mandauit, vt vnus dicto plena fides adhibeatur. *d. l. Theopompus. & ib. Bart.* Vide aliter eam *L. explicatam apud Alciatum Lib. 2. Parerg. c. 19.*

Quintò obstat. *l. 5. §. ne tamen. ff. de reb. eorum, qui sub tut. & c. cum parari. 19. ex. de appellat.* vbi vnus testis quoque plenam fidem meretur. Resp. Hoc speciale est in apparitore magistratus, cui propter publicum munus creditur aliquid renuntianti iudici.

Sextò obstat. *l. 3. C. de reb. cred. & 6. super eo 22. extra. de testib.* vbi vni testi aliqua fides adhibetur, quatenus facit semiplenam probationem aut præsumptionem. Resp. Quod dicitur in *l. 8. C. de testib.* vnus testis testimonium omnino non audiri, hoc respectu plenæ probationis accipiendum est, admittitur tamen vnus testis ad semiplenam probationem seu præsumptionem inducendam. Ita tradunt *Salyc. & communiter DD in d. l. iurjur. 8. C. de testib.*

Vitimò obstat. *l. non omnis. §. a barbaris. ff. de re milit.* vbi creditur vnus militis dicto, qui bonus ante æstimatus fuit, si te captum ab hostibus dicat,

non verò ad hostes transfugisse. Hoc casu vni testi, & quidem in propria causa testanti fides adhibetur. Resp. Ideo creditur militi attestanti se captum se, non transfugam, quia quilibet in dubio præsumitur bonus, nisi malus probetur, ideoque ei dicenti se non esse transfugam creditur, quia antea bonus æstimatus est, nihilque ei sinistri obijcitur, deinde hoc ejus testimonium nulli noceat, alioqui in re propria ad sui commodum, & alterius damnum testimonium dicere, nulla juris ratio permittit. *Coras. lib. 3. Miscel. c. 7.*

ASSERTIO XCIII.

Omnis judex potest testem, qui apud se falsum testimonium dixit, pro qualitate criminis punire.

DECISIO hæc comprobatur in *l. nullum. 12. C. de testib.* vbi expressè sancitur, quod judex potest falsum testem pro arbitrio suo, juxta qualitatem delicti punire, licet testis non sit de jurisdictione ejus, vel possit propter privilegium seu dignitatem, jurisdictionem ejus declinare. Ratio hujus decisionis est, quia sortitur aliquis forum etiam ratione delicti. *l. 1. C. de crim. agi oport. Nou. 69. c. 1.* & reatus omnem dignitatem & honorem cludit. *l. 1. C. Vbi Senat. vel clariss.* Quia igitur testis apud hunc judicem liquit, falsum testimonium perhibendo, apud eundem sortitur forum, & cum sponte apud eum testimonium dixerit, videtur in eum judicem consentire, & fori præscriptioni, si quam habet, renuntiasse.

Contra hanc decisionem obijcitur. *l. Diuus. 31. ff. Ad l. Corn. de fals.* vbi citur, eum qui produxit falsum instrumentum, esse puniendum à judice, si ea pœna sit infligenda, quæ excedat jurisdictionem ejus judicis: tunc cum scribere debet ad Principem; Vnde apparet pœnam falsi non imponi à quocunque judice. Pro solutione dicendum est, quod regulariter erum sit quod in contrarium obijcitur, sed ex *d. l. nullum. C. de testib.* & ex *ov. 90. c. 1.* excipitur specialiter hic casus odio falsorum testium. Vt enim testes magis vereantur judicem, apud quem testimonium dicunt, & facilius citati consentaneum testimonium ferant, placuit eos illi judici subijci, & eo propter falsa testimonia puniri posse. De intellectu & interpretatione hujus assertionis. vide plenius discentes *Fachin. lib. 9. controuer. jur. c. 26. ouarin. practicar. quest. on. c. 18. Menoch. de arbur. judic. lib. 1. quest. 91. Delrio in Miscell. in annotationibus ad d. l. nullum. C. de testib.*

ASSERTIO XCIV.

Rusticitas in delictis regulariter non excusat, neque juris ignorantia rusticitati prodest.

PRIORE assertionis pars, quod scilicet rusticitas seu imperitia rusticos delinquentes non excuset, confirmatur euidenter per *l. 2. C. de in jus voc.* ubi statuitur, quod si libertus patroni filium in jus vocauit, non petita à Prætoris venia, quod in eum detur quinquaginta aureorum iudicium, nec in ea re rusticitati venia præbeatur. Similiter traditur in *l. 1. C. de interd. matr. int pupil. & tuto.* ubi prohibetur, ne tutor pupillam suam ducat in uxorem, & si fortè per imperitiam vel rusticitatem tutor pupillam duxerit, tamen hoc matrimonium non valet.

Verum prædictæ decisioni vehementer obstat. *l. si quis. 7. §. doli. ff. de iurisd.* ubi proponitur, quod si quis per imperitiam vel rusticitatem album Prætoris corripit, quod à pœna seu actione albi corrupti excusationem mereatur. Adhæc in *l. 2. ff. si quis in jus voc. non tenet.* constituitur, quod si vocatus in jus à Prætoris contumax sit, & propter rusticitatem vel imperitiam vocationi non pareat, quod pœna ei remittatur. Resp. Aut rusticus errauit circa dispositionem iuris civilis aut positiui, quod naturali ratione non firmatur, & tunc delinquens à pœna excusatur, in illis scilicet casibus, qui iure nominatim sunt comprehensi. Sic à pœna albi corrupti excusatur quis propter rusticitatem, quia ad vindicandam Prætoris auctoritatem pœna istius actionis iure civili est introducta. Similiter à pœna contumaciæ vocatus in jus propter rusticitatem quis excusatur, quia ille contemptus neglectæ citationis magis respicit damnum litigatoris, quàm injuriam magistratus. Aut vero errauit rusticus in iis, quæ iure naturali sunt introducta, & tunc immunitatem à pœna non meretur. Vnde si libertus sine venia magistratus vocauit patronum in jus, non excusatur à pœna, quia naturali ratione libertus patronum colere & obseruare debet, cujus beneficio libertatem accepit. Ideoque non debuit temerè venia à Prætoris non petita contra eum actionem intendere, *d. l. 2. C. de in jus voc.*

Quod ad secundam assertionis partem attinet, quod scilicet regulariter juris ignorantia rusticis non profit, ea comprobatur satis ex generali regula, quod leges sacratissimæ, quæ constringunt omnium hominum vias, ab omnibus intelligi debent, vt vniuersi earum præscripto cognito, vel prohibita declinent, vel permissa sectentur *l. leges 9. C. de legib.* Similiter hæc sententia comprobatur per *l. regula. §. sed juris. ff. de iur. & fact. ignor.* ubi pro regula

gula traditus, quod juris ignorantia non profit, si sit ICtorum copia, quos quis consulere potuit, vel si ipse satis jurisprudentia sua sit instructus. Quibus verbis IC. vult dicere, quod parcendum sit rusticitati & imprudentiae in iuris ignorantia; sed hoc fieri per rarò & certis tantum casibus in iure expressis, idque ea conditione tantum, si non habuerint rustici facultatem peritiorum consulendi.

Aduersatur huic decisione. *l. penult. C. Qui adm. ad bo. poss.* ubi constituitur, quod si propter imperitiam vel rusticitatem non petit quis bonorum possessionem intra tempus à lege præscriptum, quod per hoc sibi non præiudicat, sed nihilominus elapso tempore ad bonorum possessionem admittatur. Resp. In isto demum speciali casu ignorantia juris prodest rusticis, quando non adfuit illis ICtorum copia, quos in consulendo adhibere potuerunt. Si enim habuerint facultatem consulendi peritiores, & ignorantia juris passi sunt tempus petendæ bonorum possessionis elabi, juris ignorantia eis non prodest. *l. in bonorum 10. ff. de bon. poss. l. 2. §. vlt. ff. Qu. ord. in bon. poss. serv.* Summa juris ignorantia in rusticis tum demum excusationem meretur, si prærata fuit ICtorum copia, quos ipsi consulere potuerunt. Adhuc rusticis permixtum non est jus ignorare, nisi certis tantum casibus, qui legibus nominatim comprehenduntur. *d. l. regula. §. sed juris.* Sic rusticitati parcitur, si quis corripit album Prætoris *d. l. 7. §. doli. ff. de jurid.* Sic rusticitas excuset, si quis propria confessione se detulit in fiscum. *l. 2. §. vlt. ff. de iure fisci.* Sic rustico subuenitur, quando non edidit iura & rationes, quamvis à iudice edictus sit, *l. 1. §. vlt. ff. de edend.* Denique à pœna SC. Syllaniani excusantur rustici, qui propter rusticitatem vel ignorantiam, ignari edicti Prætoris, tabulas testamenti aperuerunt, ante institutam de seruis quæstionem, & supplicium ab iis sumtum, si dominus à familia occisus esse dicatur. *l. si quis ingrat. §. si quis ignorans. ff. ad SC. Sylla.* Extra hos casus à legibus specialiter comprehensos, rusticis propter ignorantiam juris non subuenitur. Ita tractant Costal. ad *l. si quis. 7. ff. de jurid.* Cujac. lib. obs. 5. cap. penult. Alcia ad *l. C. de in jus voc. Menoch. de arbitr. jud. quæst. cas. 194.*

ASSERTIO XCV.

Nuptiæ siue matrimonium, est viri & mulieris conjunctio, consortium omnis vitæ, indiuiduam vitæ consuetudinem continens.

Hæc definitio matrimonii traditur ab Imp. Iustiniano in *princ. tit. Inst. de nupt.* & à Modestino IC. recitatur in *l. 1. ff. de ritu nupt.*

R 3

Opponi-

Opponitur hoc argumentum. Libera fuerunt apud Romanos diuortia, ita ut etiam pœnis nullis impediri potuerint, sicut & libera fuerunt matrimonia. *l. si stipulatio. 19. ff. de V. O. l. Titia. 134. ff. eodem.* Ergo matrimonium non est indiuidua conjunctio. Resp. Hæc verba, indiuidua vitæ societas, ad animum & votum contrahentium referenda sunt quasi contrahentes eo animo & voto sint, ut nunquam dirimatur matrimonium, sed perpetuò conjuncti maneant conjuges usque ad mortem *l. 1. ff. de jur. dot.* Votum de conjunctione conjugali perpetuum & indiuiduum est, licet successus non semper respondeat proposito.

Secundò objicitur, quod definitio hæc latior est suo definitio, quia conuenit etiam concubinatui, quia potest quis cum concubina sua indiuiduam vitæ consuetudinem perpetuo seruare. Ergo est vitiosa definitio. *l. 1. ff. de del. mal.* Resp. Per hæc verba, indiuiduam vitæ consuetudinem continens, satis excluditur & distinguitur concubinatus à nuptiis. Et si enim in concubinato animus perpetuo cohabitandi adsit, pœnitere tamen, diuidique possunt concubinari etiam sine causa, si velint. *l. 1. ff. de concub.* Quod non obtinet similiter in matrimonio, nam qui matrimonium contrahunt, talem habent animum, ut perpetuo vnà viuere velint, scientes quod etsi eorum animus mutetur, tamen resilire non possint à matrimonio, nisi ex grauibz & iustis causis à legibus permissis. Porro licet jure Codicis certis de causis permissa sint diuortia. *l. consensu. C. de repud.* Iure Canonico tamen quod sequimur in causis matrimonialibus, ob infidelitatem tantum permittitur diuortium, si scilicet ex conjugibus alter fuerit infidelis, & noluerit cohabitare cum fidei, tunc fidelis poterit nubere alteri, etiam infideli viuente *c. quanto. ext. de diuort.* Ob adulterium vero non soluitur matrimonium jure Pontificio. *c. licet. 32. qu. 7.* Manent enim conjuges, & fit separatio tantum quoad thorum & mensam, sed non tollitur vinculum matrimonii. Vnde non conceditur separatis potestas noui conjugii. Sed in Ecclesiis reformatis ex verbo Dei innocenti personæ, quæ propter adulterium diuortium fecit, permittitur secundas nuptias contrahere, dummodo primo serio tentata sit reconciliatio inter adulterum, & partem alteram innocentem, eaque successum habere non potuit. *Matthæi. 19. VVesemb. in parat. ad tit. de diuort. in fin.*

Tertio aduersatur definitioni, quod in veteri testamento multi sancti viri plures vxores habuerunt, & quod hoc tunc temporis Deus tolerauerit. Ergo matrimonium non est indiuidua & perpetua vnus viri & vnus mulieris conjunctio. Resp. Tertullianus vocat polygamiam patrum, licentiam passiuam. Deus enim non approbavit Polygamiam patrum, sed tolerauit tantum, ideoque exempla eorum non sunt imitanda, quia expressè polygamia lege Mosayca prohibita est. *Genes. 1. & 2.* ad quam legem nos reuocat filius Dei. *Matthæi. 19.*

Postremo

Postremò obijcitur hoc modo. Si consortium omnis vitæ esset in matrimonio, & societas quædam inter conjuges contraheretur, jam sicut in sociis tenetur pro altero ex rebus communiter gestis, ita etiam maritus tenetur ex contractibus vxoris, & vxor ex contractibus viri. Sed non tenentur inter pro altero, neque vxor potest conveniri ex contractu mariti, & vice versa maritus non potest ex contractu vxoris inquietari *l. 1. & l. ob maritorum C. Ne ex. pro mari. l. 1. C. ad l. iul. de vi publ.* Ergo nulla censetur inter conjuges contracta societas. Resp. Vera legitimaque societas non est inita inter conjuges, qualis describitur in *tit. Pro socio*, sed tamen communicatio quædam indiuvia vitæ & bonorum hic interuenit: quia salua honestate nihil diuisum inter conjuges est, sed promiscuum omnium rerum vltim esse oportet, licet nulla obligatio, quâ alter alteri ad communicationem obstringatur. Huc facit *l. 1. & tot. tit. ff. Rer. amo.* vbi traditur, quod non detur actio furti, heredibus conjugis, si quid alter conjugum constante matrimonio ex rebus conjugis auertit, sed quod detur actio rerum amotarum, idque propter eam rationem, quia societas vitæ facit quodammodo vxorem dominam rerum mariti. *d. l. 1.* similiter nec crimen expilatorie hereditatis habet locum, si quid alteruter conjugum ex rebus defuncti conjugis abstulit. Ratio est, quia vxor socia est omnium bonorum mariti. *l. pen. ff. expil. hered. l. aduersus. C. eod.* sed si ex defuncti conjugis bonis vxor quid auertit conuenietur vxor rei vendicatione, et actione ad exhibendum. *d. l. aduersus. & l. 1. C. de crim. expil. hered.* Hanc sententiam quod inter conjuges non vera societas, sed legalis quædam communio bonorum ex consuetudine patriæ in plerisque Belgij prouinciis contrahatur eleganter tradit & explicat Clarissimus IC. *Cornelius Neostadius in act. pact. antenupt. obseru. 9.*

ASSERTIO XCVI.

*Matrimonii institutio juris est naturalis & diuina,
nullaque lege usus conjugum prohiberi potest,
etiam ministris Ecclesiæ.*

OMNIBVS quibus non est domum continentia à Deo datum, jure diuino & naturali permillum est matrimonium contrahere. Sic enim dicitur pronuntiat Apostolus *1. ad Corinth. 7. vers. 2.* Propter fornicationem suam quisque vxorem habeat, & proprium quæque virum habeat. Neque ulli
ordini

ordini aut generi hominum facultas contrahendi conjugii legibus humanis auferri aut interdici potest. Vnde apparet grauius errare, & contra septimum Decalogi præceptum non fornicaberis, aperte delinquere P. pistas, dum maxime parti hominum, puta presbyteris, monachis & virginibus vestalibus monasterio inclusis conjugii vsum interdiciunt. Non enim vota cœlibatus mandatum aut ordinationem Dei tollere possunt, quod ita habet. Propter fornicationem vitandam vnusquisque suam uxorem h. beat. Imò expresse etiam ipsis Apostolis permissum fuisse uxores ducere, testatur Apostolus Paulus 1. ad Corint. 9. hisce verbis. Annon habemus potestatem uxorem fornicationem circunducendi, vt & reliqui Apostoli & fratres domini, & Cephas? vbi aperte traditur Cepham. h. e. Apostolum Petrum uxorem habuisse. Quod & manifestè probatur ex 1. cap. Marci, vbi Seruator noster Iesus Christus fornicum Petri febricitantem à morbo liberauit, Ad hæc Ambrosius super epist. 2. ad Corint. dum exponit Apostoli verba. Despondi vos vni viro virginem castam exhibere Christo, ait omnes Apostolos fuisse in coniugio præter Paulum & Iohannem. Vnde & in synodo Nicæna Paphnutius Episcopus, qui erat experis nuptiarum, pronuntiavit castitatem esse cum propria uxore concubitum vt habetur in tripart. histo. lib. 2. cap. 14. & apud Sozom. lib. 1. hist. eccl. 6. 21. Quinimo & legibus naturalibus, omniumque gentium, promiscuè vsum conjugii quibusuis hominibus est concessus, vt liquido patet ex l. 1. §. 2. ff. de iust. & iu. Inst. de iu. nat. gent. & ciui. in prin. Ideoque nullis legibus Pontificiis, ciuilibus, aut humanis, imò nec pactis aut conventionibus hominum, nulloque pœnæ vinculo libera facultas contrahendi matrimonii constringi aut coërceri potest. l. Titia. 134. de V. O. quia iura naturalia diuinâ prouidentia constituta perpetua sunt & immutabilia. §. penul. Inst. de iu. nat. gent. & ciui.

Obijciunt Papistæ primo pro defensione voti cœlibatus, quod in genere lege diuinâ sancitum est, peccatum committi ab hominibus, si votum semel emissum non seruetur, ad quod probandum citant locum Deutero. 23. vbi ita habetur. Si voveris votum Iehouæ Deo tuo, ne differro soluere illud, nam omnino reposceret Iehoua Deus abs te, & esset in te peccatum. Resp. Deus non omnium votorum, sicut etiam non omnium iuramentorum, qualiacunque ea sint, impletionem sub interminatione æternæ damnationis exigat, vt de iuramento Saulis de occidendo filio Ionathan. 1. Samuel. 14. traditur; item de iuramento Davidis de perdendo Nabale, cū omnibus q̄q̄ ejus erant. 1. Samuel. 25. & de iurejurando Herodis, Matth. 14. proponitur. Cum igitur opiniones annexæ votis cœlibatus, sint impiæ & blasphemæ, & repugnent verbo Dei, 1. ad Corint. 7. 1. ad Timoth. 5. nequaquam cum huiusmodi impiis opinionibus cultus scilicet diuini, & meriti, seruanda sunt vota cœlibatus.

Secundò

Secundò opponunt Pontificij pro defensione voti cœlibatus seu continentiae, locum. 1. *ad Timoth. 5.* vbi Paulus viduas quæ semel in ministerium Christi receptæ sunt, nubentes, priorem fidem abnegasse dicit. Verba Apostoli hæc sunt. Viduæ cum lasciuire cœperint aduersus Christum, nubere volunt. Ex eo damnandæ, quod primam fidem rejecerint. Resp. Illis verò, Viduæ postquam lasciuire cœperint aduersus Christum, iterum nubunt, Apostolus intelligit, quod scilicet amisso pudore omnem honestatis curam abjiciunt, & ad omnem lasciuiam se prostituunt. Præterea Apostolus illam ætatem præscribit, quæ sit communiter extra periculum incontinentiæ, nam solas mulieres sexagenarias admittit ad diaconissas, vt pauperibus ministrent. Itaque Paulus velle viduas post votum nubere, non simpliciter damnat, sed lasciuendo contra Christum & abjecta fide velle nubere, hoc verò damnat. Ita tradunt *Caluin. lib. 4. Institut. c. 13. Chemnicus in examine Concilij Tridentini, in loco de cœlibatu & virginitate cap. 9.*

Tertiò aduersatur locus 1. *ad Corinth. c. 7. vers. 1.* vbi inquit Apostolus. Bonum fuerit viro mulierem non attingere. Resp. Bonum ibi non significat honestum, quod opponitur malo, sed expediens & commodum, propter tot molestias & sollicitudines, quæ conjugatos manent. Itaque quod ibi bono opponitur, Paulus Apostolus vocat tribulationem & afflictionem carnis, Nec dicit simpliciter bonum esse, sic manere vt ego sum, sed bonum est propter urgentem necessitatem. *vers. 26. ejusdem cap.* Ita hunc locum eruditè post Augustinum explicant *Erasmus & Beza d. c. 7.*

Denique hanc sententiam, quod voto cœlibatus homines non sint necessario adstricti, sed liceat iis etiam post pactum cœlibatus, si continere non potuerint, nubere & matrimonium contrahere, saniores & orthodoxi patres approbant. Quod confirmat inter alia multa testimonia, celebris illa & nota *Cypriani* sententia, quæ extat *lib. 1. epist. c. 11.* Si virgines sese ex fide Christo dicauerunt, publicæ & castæ sine vlla fabulâ perseuerent, & ita fortes & stabiles præmium virginitatis expectent. Sin autem perseuerare nolunt aut non possunt, melius est vt nubant, quam vt in ignem suis deliciis cadant. Certè nullum fratribus aut sororibus scandalum faciant. Hæc manifesta est sententia, virginibus etiam quæ voto virginitatis semel se obstrinxerunt, si postea ita perseuerare non possunt, imò etiam si nolint perseuerare, melius esse nubere quam vri vel scandalum dare lasciuendo. Plura insignia testimonia Patrum, quibus vota cœlibatus rejiciuntur & improbantur, citat & allegat *Chemnic. d. c. 9. de cœlibatu & virginitate, in examine Concilij Tridentini.* Illud obiter notandum, quod primus Papa Syricius, (qui vixit circa annum Domini 400. & Ambrosij ætate,) definiuit & sanxit sacerdotes cœlibes manere oportere, cui deinde suffragatus est Papa Calixtus, de quo isti versus canantur:

S

O bone

O bone Calixte totus mundus perodit te,
 Quondam præsbyteri poterant vxoribus vii
 Hoc destruxisti, postquam tu Papa fuisti.

Planè ante illa tempora præsbyteros fuissè conjugatos, comprobatur exemplo Gregorij Nazianzeni, qui fuit doctor facundissimus, cujus pater Episcopatum gessit in Ecclesia. Et de eo canit Baptista Mantuanus, vt refertur in libro 4. Catalogi testium veritatis. Præfule patre satius (nam tunc id iura sinebant) Pastorale pedum gessit post funera patris.

ASSERTIO XC VII.

Liberi naturales per subsequens matrimonium legitimantur, etiamsi dotalia instrumenta non interuenerint.

DISPVTATUR inter DD. An si pater cum rã muliere quam prius concubinæ loco habuit, postea nuptias contraxit, si dotalia instrumenta non interuenerint, liberi tamen nihilominus fiant legitimi. Et verior probabiliorque est sententia, liberos nihilominus effici legitimos, licet dotalium instrumentorum confectio non interuenit. Nam beneficium legitimisationis liberorum à Iustiniano non instrumentis dotalibus aut doti tributum est, sed nuptiis, & iuxta sequenti conjugali conjunctioni. Proinde ubicunque constabit nuptias esse contractas, idem beneficium locum habebit, *in omnibus causis* 68. ff. de R.I. Perficiuntur autem nuptiæ solo contrahentium consensu, & dos quidem sine nuptiis consistere non potest, at nuptiæ sine dote & dotalibus instrumentis esse possunt. *l. nuptias. ff. de R.I. §. nuptias. Novel. de nupt. l. 3. ff. de iur. dot. l. vlt. C. de donat. ante nupt.*

Sed grauius obstat. *l. cum quis. 13. & l. nuper. 11. C. de natu. lib. §. vlt. Inst. de nupt.* in quibus locis Iustinianus dicit se hoc beneficium tribuere iis, qui dotalia instrumenta cum muliere fecerint, seu qui ad dotalia instrumenta peruenerint. Resp. Iustinianus non ad substantiam, sed ad probationem matrimonii tantum exigit dotalia instrumenta, ne quid hic à conjugibus simularetur ad statum liberorum confirmandum, cum illis temporibus non aliter certò solet constare nuptias seriò fuisse contractas, quam dotalibus instrumentis interpositis, quam & causam Imperator ipse reddidit in §. illud quoque Nou. 74. *Quib. mod. natur. eff. sui.* Hodie autem moribus nostris, cum in publico Ecclesiæ cœtu matrimonia publicè contrahi debeant, & à ministris publicis piisque precationibus benedici, ita vt de iis dubitari non possit,

offit, nihil amplius ad fidem matrimonii, & confirmationem liberorum exigendum est. Eaque sententia hodiè magis recepta & approbata est jure Canonico, in *c. tanta. extra. Quib. fil. sint legit.* Quod jus Canonicum in materia matrimonii, tanquam spiritali, judicando & consulendo sequimur *c. penult. & ult. ex. de secund. nupt.* Verior itaque & sanior est opinio, quod hodiè instrumentorum dotialium confectione opus non sit, quoties per subsequens matrimonium liberi legitimantur, sed quod solo consensu tale matrimonium perficiatur. *l. penult. C. de incest. nupt.* Quinimo cum matrimonia usque ad extremum vitæ spiritum solo consensu rectè contrahantur. *hoc genus 105. ff. de cond. & demon.* Ideo etiam in extremo articulo mortis hoc modo nuptis cum concubina sola voluntate & professione confectis, liberi legitimari possunt. Ita decidunt Baldus in *Auth. licet C. de nat. liber. Angel. & Vvesemb. ad §. ult. Inst. de nupt.* Iason in *l. sed est quesitum num. 5. 6. & 7. ff. de lib. & posth. Donel. 2. com. jur. c. 21. in fine. Cujac. lib. 13. obsru. 4.* Achineus autem libro 3. *controuer. c. 51.* decidit jure Canonico liberos quicquid per subsequens matrimonium legitimari, sed non jure civili, quando non interueniunt dotalia instrumenta.

ASSERTIO XCVIII.

Sponsi de presenti non aliter participant lucra dotalia, nisi matrimonium copula fuerit consummatum, vel deductio in domum secuta.

QVÆRITVR, Vtrum si sponsalia per verba de presenti sint contracta, neque secuta fuerit traductio in domum mariti, nec copula carnalis, sponsi sint participes lucrorum, quæ alterutro moriente ex statutis superstite debentur? Et verius est, legibusque magis consentaneum, sponsos de presenti non aliter participare lucra dotalia, nisi matrimonium copula fuerit consummatum, vel sponsa in domum mariti deducta. Rationes decidendi sunt, quia videtur facta promissio seu datio dotis, sub conditione, si ipsi incho ducatur in domum, & sequatur copula, prout fieri solitum est ab omnibus. *argum. l. stipulationem. 21. l. non enim. 37. l. promittendo. 41. in prin. p. ff. de iure dot. l. cum veterum. C. de donat. ante nupt.* Vnde cum impleta non fuerit conditio, debet cessare lucrum & acquiritio ipsius dotis. Altera ratio est, quia mens statuti defert lucra nuptialia in compensationem onerum matrimonii, onera autem non subit maritus ante contractum re ipsa

matrimonium. *l. pro oneribus 20. C. de jur. dot. l. si quis pro vxore. 21. §. 1. ff. de donat. int. vir. & vx.*

Objicitur primò, quod conjuges sint inter se socii rerum diuinarum atq; humanarum. *l. aduersus C. de crim. expil. hare. l. 1. ff. de rit. nupt. & infortunia vnus debent esse communia alteri.* Quæ ratio etiam in sponsa de præsentì locum habet. Resp. Tunc demum verè ipsa societas omnium commodorum & incommodorum incipit, cum matrimonium per copulam ad affectum est deductum. Nam tunc demum conjuges labores & operas suas communicant, præbent sibi mutuo solatia in rebus aduersis, & laborantibus opem ferunt, juxta dictum sacræ Scripturæ. Non est bonum homini esse solum, faciamus ei adiutorium quod sit coram eo. *Genes. 2. v. 18.*

Secundò repugnat regula juris, quod nuptias facit solus consensus, neque ad essentiam earum concubitus requiritur. *l. nuptias, 30. de R. I.* Ergo etiam ante copulam secutam sponsalia habentur pro vero matrimonio. Resp. Habentur quidem talia sponsalia de præsentì pro vero matrimonio, quoad vinculum matrimonii, ita vt ab hisce sponsalibus recedere non liceat etiam utriusque partis consensu. *c. si inter. ex. de sponsal.* Sed tamen is sponsus, qui stetit in meris finibus voluntatis, nec id compleuit, propter quod nubimus, mariti appellatione non censetur denominandus *c. 1. extra de frigid. & malefic. l. vlt. C. de sponsal.*

Tertiò opponitur. Statutum vt conjunx superstes lucretur dotem vel alia lucra dotalia, est fauorabile: atqui in fauorabilibus sponsa de præsentì vxoris loco habetur. *l. si sponsa. 74. ff. de ju. dot. l. lex Iulia. ff. de fund. dot. l. item apud. 15. §. sponsum. ff. de iniuriis. l. 2. §. si sponsa. ff. de priu. cred. l. non sine ratione. C. de bon. quæ lib.* Resp. verba statuti debent accipi prout vulgo ex consuetudine loquendi accipiuntur. *l. Labeo. ff. de sup. leg.* Sed vulgo eum appellamus maritum, non qui tantum cum sponsa desponsatus est, sed qui cum effectu & re ipsa matrimonium compleuit. Ergo quamuis priuilegia nuptiarum ex certo fauore desponsatis plerumque competant, tamen cum agitur de dote viro applicanda, nulla ciuilis ratio permittit in præjudicium faminarum de nuptis ad desponsatas fieri extensionem.

Quarto objicitur *l. penult. C. de incest. nupt.* Vbi dicitur, quod non licet mihi fratris vxorem ducere in conjugem, etiam si cum ea non interuenerit carnalis copula, quia satis est inter eos interuenisse sponsalia de præsentì, vt sint vir & vxor. Resp. Propriè per sponsalia de præsentì non contrahitur affinitas, sed publica honestas & verecundia quadam introducitur, propter quam ab huiusmodi nuptiis abstinendum est. *l. si qua. 12. §. 1. ff. de rit. nupt. l. Seruus. 8. ff. de grad. & affin.*

Quinto

Quinto aduersatur. *l. si vxor. 13. §. Diui. ff. ad L. Iuliam de adult.* vbi etiam cum sponsa de presenti committitur adulterium. Ergo si in odiosis sponsalia de presenti habentur pro matrimonio, multo magis in fauorabilibus. Resp. Etsi committatur adulterium in sponsa de presenti, tamen non dicuntur propterea sponsalia de presenti verum esse matrimonium, quia additur in tex. nec spem qualemcumque matrimonii violare est permillum. Adde quod hoc propter publicam vtilitatem est introductum: publice enim interest delicta non manere impunita, & pudicitiam coli. *l. iia vulneratus. ff. Ad l. Aquil.*

Sexto opponitur hoc modo. Si alicui relictum sit legatum sub conditione, si matrimonium contraxerit cum Titia, debetur legatum, si cum Titia contraxit matrimonium per verba de presenti, etiam si Titia ante consummatam copulam decedat. *l. cui fuerit. 15. ff. de cond. & demon.* Resp. Hoc verum est, si legatum ab extraneo aliquo relinquatur iuueni vel puellæ: hoc enim debetur, statim vbi consensu matrimonium est peractum. Verum lucrum quod ex statutis superstiti coniugi debetur ex bonis prædefuncti conjugis, hoc non debetur, nisi matrimonium facto & re ipsa consummatum, quia debetur partim propter officia & obsequia sibi inuicem à conjugibus præstita, partim propter onera matrimonii nomine sustentata.

Septimò refragatur hoc argumentum. Donationes prohibitæ inter virum & uxorem, censentur etiam prohibitæ inter sponfos de presenti. *l. penul. ff. de donat. int. vir. & vx.* Ergò & lucrum quod debetur superstiti coniugi ex bonis prædefuncti, statim ei acquiritur censetur, cum matrimonium consensu solo est peractum. Resp. Simples donationes prohibitæ sunt inter conjuges vel sponfos de presenti, sed hæc lucra dotalia de quibus hic agimus, non censeri debent puræ & simplices donationes, sed contrahuntur ob causam, scilicet in honorem bene transacti matrimonii. Ergo non debentur nisi matrimonium plenè & cum effectu sit consummatum, per ingressum thori maritalis.

Octauò obijcitur. Dos non potest dici, vbi matrimonium non est contractum. *l. 3. ff. de jur. dot.* Sed quod sponsus accepit à sponsa, habet nomen dotis ante aliam consummationem. *l. 2. §. ult. ff. de priu. cred.* Item priuilegium legis Iuliæ de fundo dotali habet etiam in sponsa locum, sicut in vxore, ne possit alienare fundum dotalem. Resp. Hæc non obstant assertioni nostræ, quia ea accipitur de lucro & commodo quod acquirit superstes ex bonis prædefuncti conjugis. Verum prædictæ leges loquuntur de iis bonis, quæ ob futurum matrimonium data sunt in dorem, hæc repetuntur iustè, si matrimonium cum effectu non sit consummatum per copulam.

Postremò opponitur. *l. non sine. C. de bon. qua lib.* vbi traditur, quod si eut quæsitæ seu donata à marito, vxor non acquirit patri, nisi quoad vltimifru-

ctum, sic nec quæ sit à sponso. Resp. In eâ l. constituitur, quod ea tantum lucratur sponso, quæ illi à sponso expressè donata sunt in testamento vel inter vivos, nihil verò disponitur ibi de lucris dotalibus, quæ ex consuetudine vel statuto superstiti conjugii debentur. Ita decidunt *Ferra. in pract. in for. libel. quo vxor agit ad dotem, in glossâ vxoris, quondam, num. 5. Anton. Guibertus de sponsal. cap. quid sint sponsalia. num. 8. & seqq. Sneider. ad Inst. lib. 3. tit. 1. in cap. de success. viri & vxoris. num. 121. Chass. in consu. Burg. rubr. 4. §. 6. in verbis femme mariée, vbi refert ita in Parlamento Parisiensi fuisse iudicatum, licet ipse videatur contrariæ sententiæ ad stipulari, quod scilicet sponsi de præsentem etiam non secuta copulâ gaudeant lucris dotalibus ex consuetudine vel statuto superstiti conjugii debitis. Boër. decis. 22. num. 33. vbi tradit de consuetudine à jure & à Doctoribus communiter approbatâ, requiri quod sponsa fuerit ad domum viri traducta, & ibi ipse vir cum eâ cubuerit, aut etiam alibi, licet carnaliter non fuerit ab eo cognita, pro qua sententia facit, quod dicitur, *Au coucher gaigne la femme son douaire. Cujac. lib. 2. feud. tit. 9.**

ASSERTIO XCIX.

*Polygamia omni jure tum diuino, tum humano
prohibita est.*

NON licet alicui Christiano duas pluresve vxores simul habere. Quæ sententia multis sacræ scripturæ testimoniis comprobatur, ex quibus hæc duo præcipua sufficiant. Primò adducitur tex. in *c. Genes. 2.* vbi Deus author & ordinator conjugii ita pronuntiat. Propter hoc relinquet homo patrem & matrem suam, & adhærebit vxori suæ, & erunt duo in carne vna. Non dixit tres vel plures, sed duo, nec dixit adhærebit vxoribus, sed vxori. Secundò hanc legem latam in prima conjugii institutione, Christus redemptor noster, in Nouo Testamento, *cap. 19. Matthæi* repetit, hisce verbis. Propterea relinquet homo patrem & matrem, & agglutinabitur vxori suæ, & qui duo fuerunt, erunt vna caro. Ad hæc ibi subjungitur. Quod qui dimiserit vxorem suam, & aliam duxerit, mæchatur. Si vxore dimissa alia duci de jure non potest, longè fortius nec aliam ea retenta ducere fas erit. Quod ad jus ciuile attinet, hæc decisio satis manifestè conuincitur ex definitione matrimonii tradita in *l. 1. ff. de rit. nupt. & §. c. Inst. de pact. potest.* vbi matrimonium definitur, quod sit maris & foeminae conjunctio, indiuiduam vitæ societatem continens

ontinens. His verbis *Maris & fœmina*, Ictus ostendit matrimonium iuratum vnius maris & vnius fœminæ conjunctione constare, Imò & sacratissimis Imperatoribus Romanis polygamia displicuit, eamque grauiter detestati sunt. Sic in *l. 2. C. de incest. nupt. Imp. Diocletianus & Maximianus* releserunt, Neminem qui sub imperio Romano viuit, posse similitudinem duas vxores habere. Adhuc ei, qui binas vxores vel bina sponsalia eodem tempore constituta habet, infamia irrogatur. *l. 1. ff. de his qui nota. infam.* Imò pœna sturi & adulterii tenetur. *l. cum qui duas, vbi gloss. & DD. C. Ad l. Iul. de adult.* Quinimò & pœna capitalis, hoc est gladius in ordinationibus imperii in vtroque sexu in hoc genere delicti est decreta. *Ord. Imp. c. 121.* Vide *Vesemb.* paulò aliter distinguentem in *parat. ff. ad l. Iul. de adult. nu. 8. Menoch. de arbitr. jud. cas. 420. n. 96. & seqq.* qui statuit iudicis arbitrio pro qualitate facti & personarum hos esse feriendos per text. in *l. 2. C. de incest. nupt.*

Sed obijcitur, quod in veteri testamento multi sancti viri plures vxores habuisse leguntur. Sic *Lamech* duas accepit vxores. *Genes. 4. vers. 19.* qui primus digamus fuit, & legitimi conjugii corruptor. Sic *Iacob* duas habuit vxores vno & eodem tempore, *Rachelem & Leam.* *Genes. 29.* idque Deus tunc temporis tolerauit. Resp. Polygamia nunquam fuit iure diuino permessa, & talia patrum exempla non imitanda, sed admiranda sunt. ab initio enim non erat sic, vt inquit filius Dei *Matth. 19.* vbi nos reuocat ad primam institutionem conjugii, nempe quod debeant esse duo, & non plures in carne vna. Ergò quod primæ institutioni respondet, id rectum bonum iustum ac Deo acceptum est. Nec refert quid Patres & alii homines fecerint, quia sequi oportet non hominum consuetudinem, sed veritatem Dei, teste *Cypriano.* Ideo autem Patres plures vxores simul habuerunt, propter promissum semen mulieris, quod contritum erat caput antiqui serpentis, quod Patres summo desiderio expectabant & petebant, sicut Christus testatur *Luce. 10.* Vnde & *Tertullianus* in libro de Monogamia, vocat patrum polygamiam licentiam passiuam. Cum ergo Deus non probauerit patrum polygamiam, sed per conuenientiam tolerauerit tantum, ideo illorum exempla non sunt imitanda. Et non tantum spectandum est, quid Romæ factum est, sed quid fieri debuit. *l. sed licet. 12. ff. de off. pres.*

Secundo in contrarium adducitur locus ex *cap. 19. Matth.* vbi traditur, quod *Moyſes* permiserit maritis dare libellum repudii vxoribus suis, & iis dimissis alias ducere. Ergo si hoc *Moyſes* concessit Iudæis, electo Populo Dei, videtur polygamia aliquando licita fuisse, & per consequens Christianis non deneganda. Resp. In eodem loco mox subijcitur responsio ad hanc argumentationem, quod hoc *Moyſes* non concesserit quasi licitum & rectum, sed propter duritiam cordis Iudæorum hoc genus repudii tolerauit, & diffi-

& dissimulauit, tanquam leuius malum, ne grauius quicquam ab iis committeretur. Vnde ibidem Christus hanc licentiam tollit & abrogat, & ad primam institutionem conjugii nos reuocat, vt scilicet quilibet tantum vnam uxorem eodem tempore ducat, eique indiuiduo & perpetuo nexu vsque ad mortem adhareat. Hoc solum nobis licitum & rectum censeretur, quod lege diuina nominatim conceditur, cuius sola voluntas statuit boni & mali discrimen, cuiusque lex tantum nobis esse debet sanctè pieque viuendi regula. Plura de hac quaestione eleganter differentem. vide *Bezam in tract. de polygamia*, & *Martyrem in Classibus locor. commun. class. 2. c. 10.* & in *librum. 1. Samuelis, c. 25.* Dissentit *Bernardus Ochinus in libro de Polygamia*, quem accuratissimè refutauit *Th. Baza in eleganti tractatu suo de Polygamia.* & *Pet. Martyr in locis communibus. clas. 2. c. 10.*

ASSERTIO C.

Matris & tutorum consensus non requiritur de jure civili in sponsalibus vel nuptiis filie seu pupille.

DISPVTATUR inter DD. An etiam in puellæ sponsalibus vel nuptiis de necessitate requiratur consensus matris vel tutorum. Et statuendum est tanquam verius & probabilius de jure civili, quod matris vel tutorum consensus in sponsalibus vel nuptiis pupillæ vel adultæ non requiratur. Ratio hujus decisionis est manifesta, quia eorum tantum consensus desideratur in nuptiis, qui patriam potestatem in contrahentes habent. *Inst. de nupt. in princ. in verb. in quorum sunt potestate l. 2. ff. eodem.* Ad verò cum liberi non sint in potestate matris, multò minus in potestate tutorum vel curatorum. §. *fæmina Inst. de adopt. l. in copulandis. 8. C. de nupt.* Ideò eorum voluntas ad nuptias non censetur necessaria. Huc facit, quod nec approbatione patris, filio filiæve emancipatæ, jure civili ad essentiam nuptiarum est opus. *l. filius 25. ff. de rit. nupt.*

Sed huic decisioni grauius repugnant. *l. 1. l. vidua. 18. l. in conjunctione. 20. C. de nupt.* vbi statuitur, quod filia minor. 25. annis, siue sit virgo, siue vidua, imò etiam si sit emancipata, nihilominus debet adhibere consensum patris. Si verò patre est orbata, adhuc debet consensum matris & tutorum impetrare. *Cujac. lib. obs. 3. cap. 5.* putat hac in re differentiam statuendam esse inter filium & filiam, ita quod filius emancipatus etiam si sit minor. 25. annis, non teneatur in nuptiis adhibere consensum patris; filia autem etiam emancipata consensum patris adhibere debeat. Quod si patre mortuo filia minor. 25. annis sui juris sit effecta, tunc matris & tutorum consensum etiam impetrare

impetrare cogatur, per *d.l. i. l. vidua. & d.l. in conjunctione. C. de nupt.* Idèd autem magis districtè & necessariò vult in nuptiis filia adhiberi consensum parentum & tutorum, quam in nuptiis filii, quia filia propter sexus imbecillitatem magis quam filii in contrahendis nuptiis errare & decipi possunt, cum sæpè contra propria cominoda sexum laborare deprehendantur. *si pater. 4. C. de sponsal.* Sed mihi probabilius & rectius ita videtur statuendum, quod matris consensus non sit necessarius in nuptiis filia. Et quod *1. C. de nupt.* etiam matris consensum efflagitare videtur, id non necessitate conclusit, sed pudori & reuerentiæ filia reliquit. Ita statuit *Vvesenb. ad inc. tit. Inst. de nupt. num. 6.*

Quod ad tutores attinet, tutorum consensus videtur necessarius fuisse in sponsalibus pupillæ. *d. l. 1. C. de nupt.* quia pupilli sunt quasi in horum potestate, cum tutor magis detur personæ quam rebus. *l. in copulandis. C. de nupt.* Nam nuptias ii quibus tutores præsunt, id est, impuberes contrahere non possunt, ideoque in iis frustra disputatur de consensu tutorum. Cateum cum hodiè propè sublatum sit omne tutelæ & curæ discrimen, & tutores iidem maneant, qui & curatores, idem in tutoribus statuendum videtur in nuptiis vel sponsalibus pupillæ, quod in curatoribus obtinet, vt scilicet tutorum consensus & approbatio necessariò non requiratur. *d. l. in copulandis sciendum. ff. de ritu nupt.* Hæc de consensu matris, quod scilicet necessariò non requiratur in nuptiis liberorum, obtinent de jure ciuili, cum mater liberos non habeat in potestate. *§. ult. Inst. de patr. pot.* Verùm cum jure diuino par reuerentia debeat patri & matri, secundum præceptum *5. Decalogi*, non solum patris, sed etiam matris consensus necessariò requiritur in nuptiis liberorum. Et si enim inæqualis est eorum potestas, tamen parentibus pietas æqualis debetur. *l. furiose. C. de curat. furios. l. parentes. ff. de in ius voc.* Et hæc sententia in benè constitutis Rebuspub. & reformatis Ecclesiis moribus obseruatur, quod scilicet vtrorumque parentum suffragium in liberorum præsertim minorum. *25. annis* nuptiis contrahendis de necessitate requiratur, nec absque eo nuptiæ contrahi possint. Si tamen nuptiæ sint contractæ, & per copulam consummatæ, ob parentum dissensum non dissoluuntur. *arg. patre. ff. De his qui sui vel alie. jur. sunt. l. 1. in fi. & l. seq. ff. de lib. exhib.* Ratio est, quia res integra esse desit, & magna fieret injuria puellæ, si postquam violata esset, simul cum virginitatem maritum quoque amitteret. *c. cum causis. x. de raptor.* Si verò initiata tantum sunt matrimonia, vel sponsalia de præsententi contracta, possunt ob dissensum parentum rescindi, quoties parentes habent iustas & probabiles causas contradicendi. Ita decidit *Vvesenb. in parat. ff. de ritu nupt. nu. 3. & 8.*

CENTVRIÆ II.
 MISCELLANEARVM
 ASSERTIONVM
 CONTROVERSARVM,

SEV

ENANTIOΦΑΝΩΝ

ASSERTIO I.

*Dos non pertinet ad substantiam matrimonii, nec ob dotem
 promissam non solutam, maritus uxorem
 expellere potest.*



Dos datur & constituitur propter nuptias, neque sine nuptiis aut matrimonio dos esse potest, è contra autem, nuptiæ sine dote benè possunt contrahi. Non enim dotibus, sed affectu & amore conjugali matrimonia contrahuntur. tex. sunt in l. ult. §. sicut C. de donat. ant. nupt. N. uel. 117. c. 3. Hinc legibus expressè cautum & decisum est, quod vir ob dotem non solutam, uxorem domo sua expellere non possit, l. ult. C. de repud §. sic itaque matrimonia. vers. si quis sub potestate. Nov. 22. de nupt. Defendunt hanc sententiam VV. senb. in parat. ff. de jur. dot. num. 6. Gail. lib. 2. obs. c. 87. num. 3. Fachin. lib. 3. controuers. c. 48. Hotom. in tractat. de dotib. in cap. quo agit de iure dotium quod ante matrimonium spectatur. Contrariam opinionem sequuntur Castrenf. ad l. Insulam. §. vsuras. ff. Solut. matr. Iason in §. fuerat. num. 98. Inst. de act. Gomes. ad ll. tauri. l. 50. num. 31. Boer. de cis. 22. num. 2. & 3.

Sed opponitur huic sententiæ l. ult. C. Ad SC. Velleja. cujus hæc sunt verba. Neque terendum est mulierem fieri indotatam, & sic à viro forsan repelli, & dist. ahi matrimonium. Resp. In illa lege Imp. non permittit marito, ut uxorem expellat propter dotem non solutam, sed tantum indicat periculum esse, ne vir uxorem ob eam causam de facto expellat, & matrimonium distrahat. Itaque Imp. ibi tantum proponit casum, qui de facto propter non solutam dotem contingere posset, quod scilicet propter eam causam posset vir uxorem

rem

em expellere, & ei repudium mittere, non autem affluat ibi Imp. hoc à marito jure & rectè fieri posse, sicut cum tex. multi perperam intellexerunt. Ita respondet Nobilissimus IC. *Ioachim. à Brast. in 2. parte de matrimo. c. 66.* Quæ sententia habet eundem & firmam rationem, quia marito potest alio remedio contuli, ad dotem consequendam, nempe ope & officio judicis. Vel aliter etiam respondetur, quod hæc *l. ult. C. Ad SC. Vell.* per Nouellas constitutiones abrogata & emendata est scilicet No. 22. §. *si itaque matrimo-* *nia. No. 53. §. ult. No. 74. §. ult. & No. 117.* vbi statuitur, ne mariti ea de causa uxores repudient, quod sint indotatæ, & si secus faciant, & uxores suas repulcent vel expellant propter non acceptam dotem, quod tunc quartam partem bonorum eis relinquere cogantur. Ita respondet *Hotom. in tract. de do-* *ib. in c. vbi agit de jure dotium, quod ante matrimonium spectatur.*

Secundò obijcitur, *gloss. in §. ult. Nou. de non elig. secund. nubent. mul. in* *verb. enera*, dum inquit, quod videatur iniquum, quod vxor alatur à viro non tradita dote sibi promissa; sed licet hoc verum sit, non tamen ex eo rectè inferitur, vxorem posse à viro ob dotem non solutam expelli. Planè illud notandum est, quod non tenetur sponsus sponfam in vxorem ducere, si dotem quam promisit, non soluat, dummodò res adhuc sit integra, & copula non sit secuta. Io. Andr. *Inola & alij in cap. quemadmodum de iure ju. per tex.* *in cap. de illis de cond. appo.* juxta communem intellectum, *l. si ita stipulatus* *vero. 97. §. si tibi nupsero. ff. de V. O. Covar. 1. par. de sponsal. c. 7. fac. l. si dona-* *urus. 9. §. 1. ff. de cond. cau. da.* vbi dicitur, quod maritus non cogitur vxorem indotatam habere. adde *l. parè 5. §. sed & similiter. ff. de dot. mal. &* *net. exc.* vbi dicitur, non esse permittendum, vt mulier fiat indotata. *l. ult. §.* *ff. Que in fraud. cred.* vbi dicitur, non esse præsumendum quenquam indotatam vxorem ducturum.

A S S E R T I O II.

*Dos ab hæredibus mariti, propter adulterium mulieris
retineri non potest.*

SI vxor commisit adulterium, & maritus cum esset ejus ignarus, decessit nulla instituta accusatione contra vxorem: quæritur an hæredes mariti possint retinere dotem propter adulterium vxoris. Et verior, juriq; magis consentanea est sententia, hæredes mariti dotis retentionem non habere. Quæ opinio hucce argumentis præcipuè comprobatur, quod de his quæ maritus æquo animo tulit, hæredes ejus conqueri non debent.

T 2

Secundò

Secundò iudicium de moribus non transit ad hæredes. *l. rei iudicata. 15. §. 1. ff. solut. matr.* ubi dicitur, quod morum coercitio non transit ad heredes mariti. Tertiò actio injuriarum quæ defunctò competebat, non transit ad hæredes, si defunctus eam non intentavit, *l. 1. ff. de priuat. delict. l. iniuriarum. 13. in princ. ff. de injuriis.* Atqui hoc iudicium de moribus comparatur actioni injuriarum. Et regulariter actiones quæ ad vindictam comparatæ sunt, ad heredes non transeunt. *l. 1. & l. vltim. Cod. de reuoc. donation.* ubi dicitur, quod si donator in vita sua non reuocauit donationem ob ingratitudinem donatarij, hæredem ejus reuocare non possit, & sic jus reuocandi non transit ad heredem. *l. 1. §. vltim. ff. Ad SC. Sillan. l. omnimodo 30. C. de inoff. testament.* ubi sancitur, si pater filios ingratos non exclusit à sua hereditate, non licere hæredibus ejus hos ingratos nominare, & hujusmodi querelam introducere. id est, si liberi non sint à patre propter ingratitudinem exhereditati, non possunt heredes patris contra eos licet ingrati erga patrem extiterint, querelam inofficiosi testamenti instituere, & sic eos à paterna hereditate excludere.

Sed opponitur huic decisioni hoc argumentum. Nemo præsumitur actionem seu jus suum repudiare, quod ignorat sibi competere. *l. mater. 19. ff. de inoff. test. l. legitimam. 8. ff. de petitione hereditatis.* Ideoque cum maritus ignorans adulterium ab vxore commissum (quod in dubio præsumitur. *l. mariti. 29. in princ. ff. ad l. Iul. de adult.*) non instituta accusatione decessit, non censetur hanc injuriam remisisse, ideoque ejus hæredes rectè & vtiliter adhuc experientur, & dotis repetitionem impedire poterunt. Resp. Non eam ratio istius juris, quod accusatio de moribus defuncti non competat hæredibus, est præsumta tantum defuncti voluntas, qui censetur hanc injuriam remisisse, sed odium istius judicij, quod ad vindictam comparatum est, propter quod perinde habetur maritus, qui conquestus non est de crimine & vicio vxoris, ac si omninò vxori hoc delictum ignouisset. Sic & actio injuriarum non competit hæredi, quæ à defuncto instituta non est, cui hoc iudicium rectè comparatur. Hanc decisionem, quod ab hæredibus mariti dos retineri non possit propter adulterium vxoris, si maritus in seius perpetrati criminis decessit, nulla instituta adulterij accusatione, defendit *Duarenus ad l. rei iudicata. 15. ff. Solut. matr.* Dissentiunt *Menoch. de arbitrar. judic. lib. 2. cent. 5. cas. 419. num. 58. & seqq. Anton. Guiber. in tractatu de dotib. c. 8. num. 28.* Prædictam assertionem comprobant *Bart. ad d. l. rei iudicata. §. 1. ff. Sol. matr. specul. in tit. de donat. §. quod si mulier. Bald. cons. 132. vel 732. in ip. petens de primo. volumine 5.* Vbi addit quod heres maritus conuentus de restitutione dotis non solum non potest excipere de adulterio ab vxore commissò, sed nec accusare eam adulterij potest. Poena enim priuationis bonorū propter delictum,

elictum, non transit ad heredes delinquentis *l. eius qui delator* 29. & *ibi*
art. ff. de iur. jf. Eandem sententiam approbat *Guid. Pap. sing. 431.*

ASSERTIO III.

*Tutela est vis ac potestas in capite libero, ad tuendum
 eum, qui per ætatem se defendere nequit, jure ci-
 vili data & permissa.*

EXTAT hæc definitio tutelæ à IC. Servio Sulpitio tradita in *l. 1. ff. de
 tutel. & §. 1. Inst. eo.* quæ absoluta est & elegans, desumpta à causa effi-
 ciente, materiali & finali. Generis loco posita hæc sunt. *Vis & potestas*, id
 est, auctoritas gubernandi personam, & administrandi bona pupilli, non ut
 speram Accurs. qui vim hic accipit pro violenta potestate. *In capite libero.*
 hæc verba materiam & subjectum tutelæ continent, & referenda sunt ad pu-
 illum qui sui juris esse debet, & à dominicâ vel patriâ potestate solutus. *Ad
 tuendum, &c.* Hæc causam finalem tutelæ, seu effectum & officium tutorum
 respiciunt, qui in hoc dantur, ut vitam mores bonaque pupillorum tueantur.
 Ultimo quod subicitur. *Jure civili data & permissa*, hoc ad causam effici-
 entem pertinet: data scilicet legitima & dativa tutela, quæ à lege & magistratu
 deferuntur, permissa scilicet testamentaria, quam lex dari permittit à testatore
1. ff. de test. tut. l. 1. ff. de legit. tut.

Huic definitioni pleraque aduersantur. Et primò videtur tutela male de-
 niri potestas, quia ii qui in tutela vel curatione sunt, sui juris esse dicuntur, &
 aliena potestate esse negantur. *Inst. de tutel. in princ.* Resp. Aliter accipitur
 potestas, cum dicitur quis esse in potestate, aliter cum tutela potestas defini-
 tur. Quod traditur hic, quod tutela sit potestas, hoc de auctoritate, item gu-
 ervatione personæ, & administratione bonorum intelligendum est, quod
 scilicet tutela est potestas, quæ circa gubernandos mores pupilli, & bona ejus
 est occupata. Tutor enim datur imprimis, ut pupillum cum sua familia alat
 & tueatur, eumque studiis optimisque vitæ moribus imbuat, deinde ut bona
 pupilli curet & administret. *l. cum plures 12. §. cum tutor. ff. de adm. tuto.* Non
 item tutor habet potestatem in personam pupilli, si jus status vel capitis re-
 spectas, quæ potestas soli domino & patri in personam serui & filii competit.
 Unde pupilli caput liberum esse dicitur.

Secundò huic enunciato quo asseritur, tutelam esse potestatem in caput li-
 berum quod perinde valet, ac si dicas in pupillum liberum vel sui juris, refragatur.
l. ult. §. minores C. de senten. pass. ubi filio famil. tutor datur, item

aduersatur *l. si impuberi* 13. ff. de tuto. dat. ab hīs: vbi pupillo seruo tutor datur. Ad priorem *l.* respondetur, quod ibi pater filiitatem. et de potestate in infamiam: quo casu patria potestas extinguitur, quoad durat poena deportationis, & interim ei tutor datur, qui tamen patre restituto in pristinum statum deponit officium tutelae, & ius administrationis reuertitur ad patrem. Ad posteriorem *l.* respondetur, quod hoc singulari jure constitutum est, ut seruo impuberi, cui simul à domino libertas per fideicommissum est relicta, propter certam spem in dubitatam ac infallibilem instantem libertatis tutor detur, ut & alibi saepe seruus agit contrahitque *l. & eleganter. §. seruus. ff. de dolo. l. vix certis. 53. ff. de iudic.*

Tertio et quod traditur tutelam esse jure ciuili inuentam, repugnat, *§. vlt. Inst. de Attil. tut.* vbi statuitur, tutelam esse jure naturali introductam. Naturale enim est, ut is qui perfectae aetatis non est, alterius tutela regatur. Resp. Quoad originem, institutionem ac materiam, à jure gentium seu naturali tutela producta est, incrementum verò & formam accepit à jure ciuili. Naturale si quidem rationi conueniens est, ut impuberes qui propter lubricum animi consilium & aetatis infirmitatem se ipsos regere non possunt, à prudentioribus, qui firmum jam habent iudicium, regantur & defendantur.

ASSERTIO IV.

Tutor rem pupilli emere prohibetur.

NE duplici officio fungatur tutor, & venditoris & emtoris, rem pupilli emere non potest, neque etiam in rem suam auctor fieri potest, tex. est in *l. si in emptione. 34. §. vult. ff. de contr. empt.*

Sed grauius aduersatur. *l. cum ipse. §. C. de contr. empt.* vbi affirmatur tutorem posse bona pupilli palam & bona fide comparare. Resp. Sub distinctione. Aut tutor solus emit rem pupilli & à se ipso, & talis emptio nulla est & inutilis. *l. pupillus. §. §. item ipse. ff. de aucturit. tut.* vbi IC. requirit, ut valida sit emptio rerum pupillarium, ut tutor emit à contutore, vel contutitoris auctoritate. Hoc enim est palam & bona fide emere. Aut tutor emit rem pupilli cum auctoritate contutitoris, & hac emptio valet, tanquam palam & bona fide contracta. *l. non existimo. §. 4. de admin. tut.* vbi addit IC. Multum refert, utrum tutor palam aperteque se debitorem, ut extraneum & quemlibet fient pupilli, an sub administratione tutelae latenter sua commodum pupilli pecunia adiuuet. Minor enim aut nulla doli praesumptio est contra eum, qui palam aliquid facit, ne tum quidem cum delinquit. *d. l. §. sane si ipse. ff. de auct. tuto. d. l. cum ipse §. C. de contr. empt. l. vlt. ff. de rei. nupt.*

Secundò

Secundò opponitur. *l. tutor. rerum. § 6. ff. de administrat. tuto.* vbi statuitur, quod pupillus non potest vindicare rem, quam tutor etiam solus emit à pupillo, si modo pretium soluerit, & in rem pupilli conuerterit. Resp. In casu, quod antea solenniter & publica auctoritate iudicis dilactum erat, tutor emptore non soluente emit, & sibi retinet, quo casu emptio valet, si mox tutor pretium vltima licitatione oblatum soluat, & in rationes pupilli reuertatur. Nam sic nulla captionem afficitur pupillus, neque tutor ab initio rem pupilli emit, sed ab alio rem emptam sibi eodem pretio seruat, cum etiam possit ab emptore. Denique notandum, quod & isto casu emptio valet, si tutor à creditore pupilli rem vendente bona fide emit; hoc enim & quilibet extraneus facere posset. *d. l. pupillus. §. item ipse.* Vide de hac quaestione *Corsium. libro sexto Miscel. cap. 14.*

ASSERTIO V.

Imperitus literarum excusatur à tutelâ.

IMPERITIA literarum legitima est excusationis causa à tutela. Quod probatur in *§. similiter Inst. de excus. tuto.* vbi traditur, eos qui literas nequeunt excusandos esse à tutela, D. Pius rescriptit. Dicuntur autem imperiti literarum, ut rectè interpretatus est *Duare lib. 1. disp. c. 3.* qui literas pingere & legere nesciunt. *per l. 3 §. 1. & 2. ff. de accusat. l. pater 93. §. 1. ff. de a. q. her.* Hac imperitia literarum merito tribuit vacationem à tutela. Cum enim in tutela officii inuentarium, & conscribi rationes necesse sit, certè qui literarum imperiti sunt, hæc præstare non possunt, ideoque nec tutelam pro commodo pupillorum idoneè administrare queunt. Neque recipienda est eorum sententia, qui existimant illiteratos à tutela non esse excusandos, si modo ea naturali solertia, & rerum experientia præditi sint, ut ad negotiorum administrationem sufficiant. Idque probare nituntur ex *d. §. similiter*, vbi postquam scriptum est, imperitos literarum excusandos esse à tutela, additur exceptionis loco, nisi tales sint, ut negotiorum administrationi possint sufficere. Quod non est admittendum. Nam ille verba, *Quamuis & imperiti literarum possint negotiorum administrationi sufficere* ita sunt accipienda, quamuis aliorum negotiorum administrationi quam tutelæ, puta priuatorum & suorum bonorum gubernationi sint idonei. Illa ergo est ejus. §. sententia, imperitos literarum omnimodo esse excusandos à tutela: quippe ita esse excusandos à tutela, ut quamuis alioqui extra tutelam possint administrationi negotiorum sufficere, tamen à tutela sunt excusandi.

Sed

Sed pugnat cum *d. §. similiter. Inst. de excus. tuto. l. si duas §. vlt. ff. eodem.* Cujus hæc sunt verba: Mediocritas & rusticitas interdum præbent excusationem, secundum epistolas Diuorum Hadriani & Antonini. Ejus qui negat se literas scire, excusatio non debet accipi, si modo non sit expertus negotiorum. Resp. Hic imperitus literarum paulò generalius debet accipi, pro eo scilicet, qui non est imbutus studiis literarum. Quod probatur ex eo, quia postea excipitur is, qui propter imperitiam est expertus negotiorum, hoc est, qui ita est imperitus, ut negotia per omnia rectè administrare non possit. Quod in eo accidit, qui neque pingere literas, neque legere nouit. Itaque cum epistolâ Diuorum Imperatorû Hadriani & Antonini excipiat hæc species imperitorum, necesse est, ut prius acceperit imperitiæ genus latius patens, quam speciem, quæ excipitur. Hanc sententiam, quod imperiti literarum excusentur à tutelâ, eleganter defendit *Donel. lib. 3. comment. c. 9.* Cui suffragatur *Anto. Augustin. lib. singulari de excusationibus ad Modestinum ad d. l. si duas §. vlt. ff. de excus. tuto.* Petrus Grangianus in *Paradox. Jur. civil. cap. 43.* ubi eleganter probat imperitum literarum, hoc est qui pingere aut scribere non didicit, esse à tutela excusandum per *l. libellorum. ff. de accusat.* Comprobant hanc sententiam, *Horoman. ad §. similiter. Inst. de excus. tuto.* Cuiat. *ad d. c. 6. §. fin. ff. de excus. tuto.* Dissentit *Pacius cent. 5. quest. 82.*

ASSERTIO VI.

*Tutor statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri,
post tempus autem, aut per epistolam ejus aucto-
ritas interposita, nihil agit.*

CONFIRMATVR & expressè probatur hæc decisio in *l. obligari. §. §. tutor. ff. de auctori. tuto. §. tutor. Inst. eo.* Forma namque interponendæ auctoritatis est, ut tutor in ipso negotio pupilli præsens suam auctoritatem interponat. Ex intervallo autem non rectè interponitur. Ratio est, quia quæ pertinent ad solennitatem actus vel contractus, à contractu diuidi non possunt. *l. 1. §. 1. l. continuus 137. ff. de verb. obligat. arg. l. heredes palam. §. vlt. ff. Qui test. fa. pas.*

Objicitur *l. si per epistolam. 50. ff. de acqui. hered.* ubi traditur, quod per epistolam tutor auctoritatem interponat. Resp. In ea lege non de auctoritate, sed de jussu agitur. Tutor absens per epistolam jubere potest, ac absens tutor per epistolam auctor fieri non potest. Ratio diuersitatis est, quia auctoritas verba requirit. *l. 3. ff. de auct. tut.* & ideò mutus tutor dari non potest.

otest. *l. i. ff. de tutelis*. Iussus non requirit verba, sed per epistolam aut nuntium jubere possumus. *l. i. ff. Quod ius*. Deinde iussus præcedere debet. *l. si quis mihi. §. iussum. ff. de acqui. hered.* Auctoritas interponitur in ipso negotio, vel etiam perfecto negotio.

Secundò aduersatur. *l. si quis mihi. §. iussum. ff. de acqui. hered.* vbi IC. docet, quod etiam perfecto negotio tutoris auctoritas interponi possit. Igitur malè dicitur tutorem statim in ipso negotio debere auctorem fieri. Resp. Quod dicitur, tutorem statim in ipso negotio debere auctoritatem interponere, id cum aliquo temperamento temporis intelligimus. Statim dicitur interpolata auctoritas, si vel initio, in ingressu ipsius negotii fuerit interposita, vel si statim perfecto negotio fuerit appolita, antequam contrahentes ad extraneos actus diuerterint. Sic in stipulatione dicimus cominus esse respondendum, id est, confestim & è vestigio. *l. continuus. ff. de V. O.* & tamen cominus, id est, confestim responsum censetur, si illo die quo promissus interrogatus est, responderit, antequam respondens alium extraneum actum aggressus fuerit. *d. l. continuus*.

Tertio opponitur. Ratihabitio mandato comparatur, *l. i. §. sed & si. ff. de i. & vi arm. l. semper. ff. de R. I. l. vero procuratori. 12. §. ult. ff. de solut. l. ult. Ad SC. Maced.* Igitur non est necesse, quod statim in ipso negotio tutor auctoritatem suam interponat. Resp. Verum est antecedens, nisi lex nominatim requirat, ut statim in ipso negotio quid fiat, tunc enim id de formâ ipsius negotii esse dicitur. Et vbi certa forma data est à iure, non sufficit illam impleri per equipollens. *Boërius in decis. suar. decis. 1. & 2.* Ideoque quamvis ratihabitio mandato comparatur, tamen cum de auctoritate tutoris interponenda agitur, non sufficit ratihabitio, quia pro formâ exigitur, ut tutor statim in ipso negotio præsens suam auctoritatem interponat. Ergò quod pupillus sine tutore gessit, ratum postea haberi non potest, sed ex intero contractum iniuri necesse est, vel à solo tutore vel à pupillo, adhibita tutoris auctoritate. Ita notat *Amo. Faber in Iurisp. Papiniana tit. xii. de tutel. princ. 6. illat. 23.*

ASSERTIO VII.

Tutor de rebus pupilli transigere potest.

CONFIRMATUR hæc decisio per tex. expiessum in *l. si pignore. 54. §. ult. & l. inte dum. 56. §. qui tutelam. ff. de furt.* vbi traditur, quod tutori cet transigere cum eo, qui rem pupilli furto subtraxit, & sic permittitur super actione furti pupillo competente transigendo decidere, vbi subjun-

V

gitur

gitur hæc ratio, quia tutor loco domini habetur, in rebus pupilli administrandis. Confer. *l. ad ea que. 157. ff. de regul. jur.* ubi traditur tutores & curatores dominorum vice haberi. Quod tamen ita per alias leges temperatur & restringitur, ut tum demum tutores in rebus pupilli loco dominorum habeantur, cum ejus bona administrant, non cum pupillum bonis suis spoliant. *l. qui fundum. 7. §. si tutor. ff. Pro empt. l. tutor. 27. ff. de administrat. tuto.* ubi eleganter notat Bart. quod tutor cum benè fecit, habetur loco domini. Denique hæc sententia comprobatur per *l. si plures. 9. ff. de pact.* ubi traditur, quod tutores possunt cum debitore pupilli, qui pauper est, transigere, remissa ei aliquâ parte debiti.

Verum objiciet aliquis hoc modo. Tutoribus tantum permissum est debita pupilli exigere, non verò remittere aut pacisci de non petendo debito. *l. contra. 28. §. 1. ff. de pact.* Adhæc tutoribus non permittitur donare res pupillorum, nec vlllo modo possunt eorum conditionem deteriore facere. *l. non omni. 16. C. de administr. tut.* Atqui hæc remissio litis, seu pactum vel transactio de non petendo debito, videtur esse donationis species, quia transactio nihil aliud est, quam rei dubiæ vel litis incertiæ, aliquo dato vel retento, facta remissio. *l. 1. ff. de transact. l. transactio. 38. C. eo.* Præterea obstat. *l. Lucius. 46. §. vlt. ff. de administr. tuto.* ubi respondetur, quod tutoribus non est permissum res pupilli donare, aut diminuendi causa cum debitoribus pupilli transigere. Denique aduertatur *l. pactum. 22. C. de pact.* ubi statuitur, quod tutores possunt quidem exigere debita pupillorum, sed non possunt paciscendo debita eorum remittere. Hæc contrarietas tali distinctione concilianda est. Aut transactio illa decidendi causa interponitur, hoc est super tali lite transigitur, cujus exitus poterat pupillo esse anceps & onerosus, & tunc licet tutori transigere super lite pupilli. *arg. l. præses. 12. C. de transact.* Aut tutores transigendo res pupillorum donant vel alienant, & tali modo tutores, sicut & alii administratores rerum alienarum, transigere non possunt, ut scilicet transigendo alienent aut diminuant jura vel bona pupillorum. *l. non solum. 4. C. de præd. & al. reb. mino. arg. l. 1. ff. de eff. præcur. Casa. l. nulli. 13. ff. de transact.* Ita distinguit ex communi DD. sententia VVesemb. in parat. *ff. de transact. num. 4.*

ASSER-

ASSERTIO VIII.

*Testamentum est voluntatis nostræ iusta sententia, de eo,
quod quis post mortem suam fieri velit.*

DEFINITIO hæc est IC. Modestini tradita in *l. 1. ff. Qui test. fac. poss.* Ex qua hoc obseruandum, quod testamentum dicatur iusta, id est sollemnis & legitima voluntatis nostræ sententia. Quo vocabulo, iusta, his distinguitur testamentum à codicillis, qui nihil aliud sunt, quam testati, et intestati minus sollemnis voluntas. Sic alibi testamentum iustum dicitur, quod iustè factum est, & in quo solennia juris adhibita sunt. *l. 1. ff. de in iust. pt. irrit.* Sic iusta vxor dicitur, quæ ritu, moribus, solennibusque omni-
us Quiritum seruatis ducta fuit. *l. si vxor. 13. §. 1. Ad l. Iul. de adult.* Sic istæ nuptiæ dicuntur, quæ secundum præcepta legum cojerunt inter con-
uges. *§. 1. Inst. de nupt. Donel. lib. 6. com. c. 4.* Vnde & Vlpianus in Enchiri-
dio suo ita definit testamentum, quod sit mentis nostræ iusta contestatio in
sollemniter facta, vt post mortem valeat.

Sed opponitur, quod hæc definitio nimis lata sit & ampla, quæ non so-
lum testamentum, sed & codicillis conueniat. Nam codicilli quoque rectè
definiuntur, quod sint voluntatis nostræ iusta sententia, de eo, quod post
mortem nostram fieri velimus. Resp. Verbum *Iusta*, satis distinguit testa-
mentum à codicillis, quia codicilli non continent iustam & solennem sen-
tentiam, cum in ipsis nulla ordinationis sollemnitas desideretur. *§. vlt. Inst. de
d. cil.* neque in codicillis heres directo institui possit, quæ heredis institu-
tio caput & fundamentum est testamenti. *§. ante heredis. Inst. de legat.*

Sed contra solutionem intatur hoc modo, quod in codicillis quinque
testes interuenire debent. *l. vlt. C. de codicil.* qui numerus pertinere vide-
tur ad sollemnitatem codicillorum, cum in aliis actibus & negotiis sufficiant
duo testes. *l. vbi numerus. 12. ff. de testib.* Resp. Numerus iste non sollemni-
tis, sed probationis tantum causa adhibetur codicillis, vt liquidò docet
vlt. C. de fidei com. Nam non solum in codicillis, sed in omni scriptura, in
qua pecunia soluta memoratur, similis numerus testium exigitur, *l. testium.
de testib.* Deinde in codicillis non requiruntur rogati testes, vt in testa-
mento, imo & mulieres testes interuenire possunt in codicillis. *l. vlt. C. de
codicil. in fin. Vigl. ad §. testes. Inst. de testa. ord.*

Secundo opponit Accursius quod definitio hæc sit angustior suo defini-
tione, quia non continet institutionem hæredis, quæ tamen est substantialis

pars, imò caput & fundamentum testamenti. Resp. Non opus est hoc supplemento Accursij, quia institutio hæredis, sub vocabulo *Iusta*, satis continetur, cum institutio hæredis sit potissima pars solemnitatis in testamento necessaria. §. *ante hæredis. Instit. de legat. Vigl. ad tit. Instit. de testam. ordin. numer. 24. & 32.*

ASSERTIO IX.

Testamentum ad alterius interrogationem conditum non valet.

QVÆRITVR an ad alterius instantiam & interrogationem testamentum fieri possit? puta si Notarius roget testatorem an velit hunc vel illum hæredem instituere, & ille profiteatur se velle: Et statuendum est, testamentum ad alterius interrogationem conditum non valere. Quæ sententia probatur primò per *l. iubemus, 29. C. de testam.* ubi disertè sancitur quod testator debet nomen hæredis in suo testamento propria manu scribere, vel si scribere non possit, debet nomen hæredis coram testibus nuncupare, additurque in eadem lege iusta & aperta decidendi ratio, ne fallitas in elogio & testamentorum confectione committatur. Secundo confirmatur hæc sententia hac æquissima ratione, quod testamentum debet esse iusta & libera voluntatis nostræ sententia. *l. i. C. de sacros. Eccles.* Atqui non est libera voluntas quæ ad importunam instantiam alicujus est extorta. *l. i. & 2. Si qu. aliq. test. probi.* Denique probatur hoc evidenter per *l. heredes palam. 21. ff. de testam.* ubi dicitur quod testator debet in testamento nuncupativo heredes palam nominare, vel si in scriptis faciat testamentum, debet per se vel per alium heredis nomen testamento inscribere.

Opponitur primò huic sententiæ, *l. hac consultissima. §. ut cum humana. C. qui test. fac. poss.* ubi statuitur, quod quis possit testamentum suum committere alteri scribendum, ut deinde scriptor seu Notarius hoc testamentum coram testatore & testibus recitet, quod testamentum valet. Resp. Illa constitutio loquitur in testamento, seu ultima voluntate cæci, cui permittitur, ut cum ipse scribere non possit, alii suum testamentum scribendum committat, attamen ipse testator nihilominus debet Notario prius suam ultimam voluntatem exponere, & aperte declarare quos velit hæredes instituere, alioqui ad solam Notarij vel testium interrogationem non potest vtiliter hæres institui, vel testamentum ordinari.

Secundo aduersatur *l. ult. ff. Si qu. aliq. test. probi.* ubi valet testamentum mariti, in quo vxor ab eo hæres instituta est, cum blanditijs & affabili sermone

none maritum ad hoc induxisset. Concordat. *l. ult. C. eodem. vbi dicitur,* iudicium vxoris in se maritali sermone prouocare non est criminiosum. Resp. valet quidem institutio hæredis quam blando sermone & maritali affectione vxor à marito impetrauit, dummodò tamen non sit captatoria institutio, hoc est, si modò hæres non fallacia, aut dolosa persuasione, aut per vim seu coactionem ultimam voluntatem extorsit. Interim debet hæres viua voce à testatore nuncupari, aut scripturâ designari, nec sufficit ad interrogationem alterius institutio facta; Ita eleganter declarat *Petr. Pockus de testament. con- leg. lib. 1. c. 9. & 17.*

Tertiò obijcitur. *l. Pamphilo. 39. §. propositum de leg. 3. vbi valet fideicommissum, quod testator reliquit fideicommissario ad interrogationem.* Resp. deò valet hoc fideicommissum, quia primò testator viua voce exposuerat fideicommissario, quod destinasset illi certa quadam prædia per fideicommissum relinquere, deinde coram testibus testamento confecto, ad interrogationem fideicommissarii testatus est, se prædicta prædia per fideicommissum illi concedere. Tale fideicommissum ad interrogationem alterius relictum valet, deò, quia præcessit declaratio & dispositio testatoris, quod talia prædia illi destinauerat per fideicommissum relinquere. Latius de hac quæstione vide *tenoch. de præsumpt. lib. 4. præf. 8. Gomez. ad ll. tauri, l. 3. num. 109. Vigl. ad §. d cum paulatim. nu. 9. Inst. de testa. ord. Dissentit Fachin. lib. 5. contro. cap. 9. & 70.* Imò communis est opinio DD. quod valeat heredis institutio, quando testator non ipse nominauit heredem, vel scripsit, sed interrogatus à Notario, vel alio quouis, num Titum heredem suum esse velit, & respondeat velle. *Addit. ad Gomez. in var. resolut. tit de ult. volunt. c. 2. VVesemb. d. §. ult. Inst. de testam. ordin.* Quæ tamen opinio communis tum denumera est & procedit, si hæc duo interueniant, scilicet vt testator prius exponat suam voluntatem Notario, qui deinde eam redigat in scriptis, & postea interroget testatorem an velit ita testari. Nam eo casu si respondeat quod sic, trique valet, quod gestum est. Deinde requiritur vt testator non sit nimium infirmus, nam solent sæpenumero à valde infirmis statim mortuis talia testamenta extorqueri: quod vehementer iniquum est, & fraudibus obnoxium. Ita tradit *Clarus. in recept. sent. 6. testamentum.*

ASSERTIO X.

Testamentum patris inter liberos, absque testibus confectum valet, contra C V I A T I V M.

COMMUNIS & recepta est DD. opinio, quod testamentum patris inter liberos valeat etiam absque vllis testibus confectum, si modò patris vel liberorum subscriptio interuenerit. Scedula igitur à patre scripta vel subscripta, aut subscripta à liberis, etiam si nulli testes adfuerint, vel subcripterint, continens diuisionem hæreditatis inter liberos, validi testamenti loco est. Ita decidunt *Iulius Clarus in recept. opin. §. testamentum. q. 8. & 14. item qu. 37.* vbi dicit hanc opinionem in scholis, & iudiciis teneri. *Fachin. lib. 4. contro. 6. 1.* Ita consuluerunt *Scurffius cent. 2. cons. 28. Elbertus Leoninus cons. 98. num. 4. Gail lib. 2. Obser. pract. c. 112. Anto. Fab. de erro. pragmat. decade 35. errore 2. Fachin. libro controuer. 4. c. 1. & 4.* Probatur hæc sententia claro & euidenti tex. in *l. ult. & Auth. seq. C. Fam. exercisc.* vbi sanciuit Imperator Constantinus, quod quælibet dispositio patris de hæreditate sua valeat inter liberos, etiam si omni legum solennitate fuerit destituta. Secundò apertè eandem sententiam confirmat *Auth. ex imperfecto. C. de testam.* vbi Imp. Theodos. constituit, ex imperfecto testamento tenere voluntatem patris inter solos liberos. Denique hæc decisio manifestè comprobatur per *No. 107. de testa imperfecto.* vbi Iustinianus statuit, si quis inter liberos voluerit vltimam conficere voluntatem, quod sua manu tempus adscribet, deinde filiorum nomina, ac insuper vnciarum quantitatem, in quibus ipsos scribat hæredes, propria manu declarabit. Caterum si extraneis voluerit relinquere legata aut fideicommissa, tunc demum si coram testibus hanc dispositionem scripserit, firmiter valebit patris testamentum. Ex hoc loco manifestè confirmatur communis DD. opinio. Cum enim tum demum requirantur testes, cum pater extraneis aliquid legauerit, sequitur cum inter liberos solos patris fam. testatur, etiam absque testibus seruandam ejus vltimam voluntatem. Ratio autem huius assertionis, quod testamentum imperfectum inter liberos valeat, hæc est, quia hoc fauore liberorum est introductum, cum eis etiam jure naturali debeatui parentum hereditas *l. cum ratio 7. ff. de bon. damn.*

Contrariam sententiam primus conatus est defendere *Cujacius in suis consultationibus, consultat. 1.* vbi testamentum patris inter liberos sine testibus non valere astruit. Pro suæ opinionis confirmatione duo adducuntur argumenta. Primum est, quod nec codicillus, nec testamentum dici potest ea voluntas, cui desunt testes: In testamentis enim solemnibus exiguntur septem testes, in codicillis

codicillis quinque *l. hac consultissima. 21. §. 1. l. cum antiquitas. 28. §. vlt. C. de testam. l. vlt. C. de codicil.* sicut & in testamento rusticorum quinque testes. *l. C. de testam. & in nuda voluntate tres testes requiruntur l. sancimus. 27. de testam.* Resp. Etiam nisi ista voluntas patris inter liberos testibus destituta, non habeat vim seu formam testamenti aut codicillorum, tamen valet, ut qualiscunque ultima dispositio, aut ordinatio bonorum patris inter liberos. Secundò mouetur Cujac. hoc argumento, quod testamentum dici non possit ea voluntas, cui testes defunt, eamque collectionem probat sumto argumento, ab etymologia, quia nominis testamenti substantia à testibus deducitur. Resp. Testamentum non tam à testibus, quam à testatione, id est, declaratione mentis deriuatur, mens enim testatoris in testamentis præcipuè nominatur, & ex voluntate testatoris omnia pendent, quæ in testamento disposita sunt, *l. in conditionibus. 19. ff. de cond. & demonstr.*

Obstare etiam videtur huic assertioni. *l. peto. 69. §. mater. de legat. 2.* vbi in testamento non iure facto etiam fideicommissum debetur extraneo relicto. Resp. Ibi fuit testamentum imperfectum vel minus solenne tantum, quod rationem tutoris, quoad alia verò erat perfectum. Nam ideo erat testamentum ibi imperfectum, quia mater filiis tutorem dederat: atqui mater filiis testamento tutorem dare non potest. *l. 1. & 2. ff. de confir. tuto.*

Denique notandum, quod dicitur, ex testamento imperfecto voluntatem inter liberos tenere, sic esse accipiendum cum Accursio, quando est defectus ratione solennitatis, sed si defectus sit ratione voluntatis, ut si testamentum scriptum esset à patre, necdum absolutum, hoc non valeret ne quidem inter liberos. Cujac. *ad l. si is qui. 25. ff. Qui test. fac. p. §. B. ut ibidem nu. 1. Castren. in d. hac consultissima nu. 5. And. G. 11. lib. 2. obj. 112. num. 14.* Ideoque si testator abens duos filios, dum id agit, ut inter eos hæreditatem diuidat, ita dicit, lego tibi prædium filio meo, & post hæc verba obmutuit, filius in diuisione bonorum paternorum id prædium præcipuum habere non debet. *arg. d. l. si is qui. Costal. ad l. si filio. 20. §. si pater. ff. Fam. erisc. Anto. Fab. de erro. pragmat. c. 35. erro. 8.* aliam adhibet distinctionem, videlicet, quod si imperfecta sit voluntas patris respectu liberorum, quod non valeat dispositio patris. At si imperfecta sit voluntas patris quoad extraneos, quos tunc voluit filio coheredes dare, valebit nihilominus voluntas patris iure intestati inter liberos. Non obstat *l. fin. C. Fam. erisc.* vbi dicitur scriptum & imperfectum testamentum patris valere inter liberos. Hoc enim intelligendum est, si sit imperfectum quoad solennia iuris. At si sit imperfectum ratione voluntatis, non valet ne quidem testamentum patris inter liberos. *d. l. si is qui. 25. ff. Qui test. pos. Facin. lib. 4. contro. c. 4.*

ASSERTIO

ASSERTIO XI.

Nuda voluntate testatoris non tollitur testamentum.

TESTATORIS nuda voluntate numquam testamentum infirmatur, quamvis illico testatò dixerit se testamentum quod fecit, valere nolle. §. *ex eo autem. Inst. Quib. mod. test. infirm.* Quæ decisio confirmatur hac regula juris, quæ generaliter traditur, quibus quidque modis constituitur, iidem & in contrarium actis soluitur. *l. nihil tam naturale. l. serè. ff. de R. I.* Testamentum non constituitur nuda voluntate. §. *ult. Inst. Quib. mod. test. infirm.* proinde nec nuda voluntate tollitur.

Aduersatur huic assertioni, quod dicitur ambulatoriam esse hominis voluntatem usque ad supremam vitæ spiritum. *l. 4. de adim. lega.* Unde etiam colligi videtur, sola & nuda testatoris voluntate testamentum tolli. Resp. Est quidem ambulatoria voluntas hominis, ut possit quouis tempore prior voluntas à testatore reuocari, sed ita, dummodo reuocetur legitimè, & quomodo jure oportet. Nam quod aliter fit, pro infecto habetur. *l. quoties. ff. Qui satisfda. cog.* Tunc contraria voluntate infringitur testamentum, cum id sit solemniter & legitimè, puta alio testamento solenni & perfecto postea facto. *l. 1. & 2. ff. de injust. rupt. irr.* Imperfecto vero posteriori testamento prius perfectum non tollitur, quoniam imperfectum testamentum jure non magis valet, quam si testamentum non esset. *l. 3. l. hac consuetudine. §. ex imperfecto. C. de testa.*

Secundo repugnat *l. sancimus. 27. C. de test.* ubi prius testamentum perfectum rumpitur per posteriorem contrariam nudam & imperfectam voluntatem, si à tempore prius facti testamenti decennium sit elapsum & posterior voluntas coram tribus testibus vel apud acta sit manifestata. Resp. Non sola nudaque voluntate reuocatur prius testamentum, sed si hæc concurrant, nimirum ut testator coram testibus non minus quam tribus, aut apud acta alienius judicis testatus sit se nolle prius testamentum quod fecit, valere, deinde si à tempore primi conditi testamenti decennium eluxerit, ut voluntas posterior & testatione idonea, & tunc longa temporis diuturnitate confirmetur.

ASSE

ASSERTIO XII.

*Testamentum tempore pestis coram quinque testibus
conditum, non valet.*

OMMVNITER DD. statuunt, in testamento tempore pestis condito non requiri septem testes, sed sufficere numerum quinque testium. Hæc est communis DD. opinio, vt notant *Afflictus decis. Neapol. 25. num. 8. rza. in com. opin. concl. 45. Guil. lib. 2. obs. c. 118. Clarus in recept. sentent. §. Testamentum. quest. 56. Boer. decis. 228. num. 7. 8. 9. 10. & 11.* qui tamen distinguit de modo. Aut pestis non est magna, aut est magna, vt hoc casu cum paruo numero testium valeat, illo non valeat, & ita iudicatum fuisse testatur. Verum de iure scripto contraria sententia est verior, quod scilicet ab eo qui contagioso morbo pestis laborat, non sufficiat quinque testes adhibuisse, nec his sit, si testamentum ejus quinque testes subscripserint, vel consignauerint, sed requiritur legitimus numerus, hoc est septem testium præsentia. Nec quicquam facit pro communi DD. sententia, *l. casus 8. C. de testam.* ex ea fundare nituntur suam opinionem, vbi dicitur, propter morbum contagiosum remitti aliquid de solennitatibus juris. Nam vt ex *d. l. 8.* verbis dicitur patet, nihil in ea *l.* remittitur de numero testium, sed hæc solennitas tantum remittitur, quod licet alias opus sit ad testamentum legitime ordinandum, vt testes eodem loco conuocentur, & singuli coram testatore & aliis testibus simul signent testamentum. *l. si vnus. 12. l. hac consultissima. 21. C. de testa.* nihilominus tamen testamentum valeat à contagioso morbo laborante conditum, licet testes vnà non sint conuocati, nec in præsentia testatoris simul sociati, sed quod possint seorsim à testatore testamentum obsequiare, valeatque testamentum peste laborantis, licet testes eum non videant, sed tantum audiant: contra *l. si non speciali. 9. C. de testam.* Hæc solennitas simul coram testatore conueniendi, & coram eo testamentum obsequiendi, tantum hoc casu remittitur testibus, quod apertissimè indicant hæc verba legis, testes huiusmodi morbo oppresso (scilicet testatori) eo tempore jungi atque sociari est remissum: non etiam legitimi numeri eorum obseruatio sublata est. Ita h. l. interpretatur *Castrens. ibid. & Cujac. lib. 16. c. 10.* Facit etiam plurimum pro confirmatione huius sententiæ. *l. confirmatur 8. §. 1. ff. de iure codic.* vbi dicitur, quod licet casu vel de necessitate non potest inueniri copiâ testium, tamen non valet testamentum sine legitimo numero eorum.

X

In eo

In contrariam DD. ita argumentantur. Propter necessitatem remittuntur solennitates legales, & receditur à regulis juris communis. *l. de etate. ff. ad SC. Trebel.* Item sicut testamentum à milite coram duobus testibus factum valet, ita & à testatore peste oppresso valebit, quia tempus belli & pestis æquiparantur, cum tempore pestis censeatur esse bellum inter Deum & homines. Ad prius responderetur. Necessitas superueniens testatori, tantum eum excusat ab interpositione actus extranei, ut scilicet possit interrompere actum testandi, vel propter functionem cibi vel medicamenti, vel depositionem necessarij operis naturæ: tunc nihilominus valebit testamentum, licet alias vitietur actu extraneo interueniente, *l. cum antiquitas. 28. C. de testa.* Verum nusquam traditur propter necessitatem pestis licere in testamento omittere solennem numerum testium. Secundo non obstat, quod valeat testamentum à milite conditum coram duobus testibus. *l. 1. ff. de bon. poss. ex test. mil. l. ult. ff. de milit. test.* Hoc enim singulari priuilegium tantum tributum est militibus, non autem laborantibus morbo contagioso, at verò jura singularia non debent extendi & ad consequentias produci. *l. quod verò. 14. ff. de legib.* Vide *Fachin. lib. 5. contro. jur. cap. 92.* qui planè huic nostræ sententiæ & assertioni suffragatur & subscribit, quod scilicet testamentum tempore pestis conditum coram quinque testibus non valeat. Moribus tamen testamentum tempore pestis conditum, valet, si vitima voluntas testatoris peste decumbentis probeatur per duos testes fide dignos. Quod indicatis Cameræ imperialis obseruatur, uti notat *Gail lib. 2. Obser. c. 118. in fine.* cum pluribus ibi allagatis.

ASSERTIO XIII.

Nemo potest heredi suo testamenti factionem adimere.

DECISIO hæc euidenter & clarè confirmatur ex *toto tit. ff. & C. Si qu. aliq. test. prohib.* ubi statuitur sub pœnâ confiscationis hæreditatis, ne quis aliquem prohibeat testamentum facere, aut testamentum factum mutare. Facit ad hujus assertionis comprobationem *l. 1. C. de SS. Ead.* ubi traditur, nihil esse quod magis hominibus debeatur, quam ut supremæ voluntatis liber sit stylus, & licitum quod iterum non redit arbitrium.

Verum in hac proposita decisione duo occurrunt juris loca valdè discrepantia. Nam primum in *l. cum pater. 77. §. mando. ff. de legat. 2.* traditur, quod si pater in testamento suo ita disposuit: *Mando filiæ meæ, ut quoad liberos tollat, testamentum non faciat,* quod hac formula non censeatur fidei commissum

missum relictum, eò quod pater non de sua pecunia testari, sed juri communi derogare voluit, testamenti factionem filia prohibendo. Contrarium videtur in *l. qui filium. 74. in princ. ff. Ad SC. Trebel.* ubi cum pater ita testamento disposuisset, Mando tibi filia mea, ne facias testamentum, priusquam liberos habeas, Imp. pronunciauit fideicommissum ex hac scriptura deberi, sic accipiat perinde ac si rogasset filiam suam, ut hæreditatem fratri suo constitueret.

Pacius cent. 6. conciliat. quest. 17. hanc antinomiali ita dissolvit, quod si verba scripta sint in testamento, inducant fideicommissum, ac si tunc videatur pater id fideicommittendi gratia adscripsisse, sicut factum est in *d. l. qui filium.* Si verò testator hanc formulam extra testamentum adscripsit, non videtur fideicommissum inducere.

Mihi magis placet communis DD. responsio, qui hoc modo distinguunt. ut testator simpliciter gravavit filium hæredem suum, ne faciat testamentum: & tunc quia directio non valet hæc dispositio, quia aufert alteri liberam testamenti factionem, valet in vim fideicommissi, ut scilicet hæres censeatur gravatus de restituenda hæreditate, proximis hæredibus venientibus ab intestato, ut accidit in *d. l. qui filium.* Aut verò testator non mandavit simpliciter filio suo, ne testamentum ordinaret, sed tantum in modum consilii præcepit, in eo casu non censeatur per fideicommissum hæreditas relictæ proximis hæredibus ab intestato, sicut fecit testator in *d. l. cum pater. §. mando. de leg. 2.* Vbi patet in modum consilii hanc formulam protulit. Volo filia ne facias testamentum priusquam liberos suscipias, adhibita ratione suasionis, ut ita possis sine periculo vivere. Quæ verba quia prolata sunt in formam & modum consilii, nullum juris effectum, neque fideicommissum inducunt. Ita tradit *Gomez. var. resolut. tomo. 1. c. 4. n. 6.*

ASSERTIO XIV.

Testator prohibere potest jus accrescendi.

HÆC propositio euidenter comprobatur in *l. 9. §. si duo. ff. de hered. inst.* ubi deciditur, testatorem non posse ita hæredes instituere, ut unus succedat in besse fundi Corneliani, alter ex triente ejusdem fundi, nisi testatoris voluntas euidentissimè refragetur. Vnde sequitur, quando hoc aperte voluit testator, tunc posse eum in certis bonis testato decedere, & sic prohibere, ne aliqua bona accrescant hæredi instituto. Dissentit *Fachin. libro quarto titulo. 6. 15. in fi.* ubi notat quod dicitur in *d. §. duo*, quando duo sunt hæredes scripti, unus in triente fundi Corneliani, alter in besse, detracta

X 2

fundi

fundi mentione, quasi sine partibus heredes scriptos, hereditate potituros, nisi voluntas testatoris refragetur, hunc esse horum verborum sensum, nempe potituros hereditate, quasi sine partibus, & sic aquis partibus scripti essent heredes, nisi voluntas testatoris manifestè refragetur, id est, Si manifesta voluntas designata fuerit, erunt quidem heredes, sed non aquis partibus, perinde ac si sine partibus scripti heredes essent, sed ex partibus inaequalibus, vnus ex triente, alter ex besse hereditatis, detracta fundi mentione. Eadem sententia abundè confirmatur per *l. peto. 69. ff. de leg. 2.* vbi traditur, quod valeat institutio in certis rebus, seu bonis: si testator voluit reliqua bona peruenire ad legitimos hæredes succedentes ab intestato. Ut puta si testator cum instituisset Titium ex asse, postea subiecit. Peto Luci Titi, ut pro hæreditate quam tibi dedi, quæ ad fratrem meum jure legitimo rediret, contentus sis centum aureis. Denique hæc decisio apertè stabilitur per *l. dominus. 57. ff. de usufruct.* vbi statuitur si testator reliquit vsumfructum prædiorum pluribus libertis ad alimenta, quod vno ex iis decedente pars deficientis non accrescat collegatario, sed ad dominum proprietatis reuertatur. Igitur testator aliquando potest jus accrescendi prohibere.

Objicitur decisioni *§. hereditas. Inst. de hered. inst.* vbi traditur, quod si testator instituat hæredem ex semisse, quod totus as in semisse erit, hæc adjecta ratione, quia nemo potest ex parte bonorum testatus, ex parte intestatus decedere. *l. 7. ff. de R. I.* Resp. Hoc tunc denuum procedit, quando testator simpliciter hæredem instituit ex parte, vel certis partibus hereditatis, aut certis rebus hereditariis, puta ex domo vel fundo, tunc enim tacite ceteræ partes hæredi instituto accrescunt. *l. 1. §. si ex fundo. l. si in a quæ. 74. ff. de hered. instit. l. cohæredi. 41. §. vlt. ff. de vulg. & pupil.* Si verò testator idèd pro parte certa heredes instituit, quia cetera bona voluit ad legitimos heredes ab intestato peruenire, tunc potest pro parte bonorum testatus & pro parte intestatus mori, & per consequens prohibere, ne reliqua bona hæredi instituto accrescant. *argum. d. l. peto. 69. in princ. l. si qui ita. 82. ff. de hered. instit.*

Secundò aduersatur regula juris tradita in *l. Nemo. 53. de leg. 1.* quod nemo in testamento potest cauere, ne leges in suo testamento locum habeant. Resp. Quædam sunt, quæ dependent ab expressa vel tacita testatoris voluntate, & in his potest testator facere quod vult, exprimendo suam voluntatem, sicut accidit in jure accrescendi. *d. l. 9. §. si duo. ff. de hered. inst.* Quædam sunt, quæ non dependent ex voluntate defuncti, vt sunt solemnitates testamentorum, & in his nemo facere potest, quod leges non habeant locum in suo testamento. Ita distinguit Bart. in *d. l. quæries. 9. §. si duo.* vbi approbat & confirmat hanc sententiam, quod testator potest prohibere jus accrescendi.

Sequitur

equitur Gomez. tomo. 1. Var. resolut. cap. de iure accrescendi. num. 10. Dissentunt Viglius ad §. hereditas. Inst. de testa. ordin. & Gothofr. ad l. ius nostrum 7. de R. I.

ASSERTIO XV.

Conditio testium in testamentis spectatur tempore conditi aut signati testamenti.

CONDITIO testium qui testamentis adhibentur, inspicitur debet tempore testamenti, non tempore mortis. tex. est in l. ad testium 22. §. 1. ff. Qui st. fac. poss. l. 1. C. de testa. Si ergo testis tempore testamenti idoneus fuit, non refert, si postea fiat inidoneus. Ratio est, quia ius testamenti & testium spectatur ex eo tempore, quo testamentum conscribitur & signatur. Regula nim juris dicat, quod ea quæ ab initio utiliter constituta sunt, propter aduentitium aliquod vitium non infirmantur. l. in ambiguis. §. 5. §. non est nouum. de R. I.

Obijcitur huic sententiæ, quod duobus temporibus requiritur, ut testis testamentarius sit idoneus, scilicet tempore conditi testamenti, deinde eo tempore, cum tabula testamenti aperiuntur & publicantur, & testes in iudicio testimonii dicendi causa producuntur. l. 3. §. due. ff. de Carb. edict. l. 4. ff. testa. quem. aper. Resp. Et si testis sit in habilis eo tempore quo producitur, pud Prætores, siue quo tempore tabula testamenti aperiuntur, tamen propterea non corrumpitur testamentum. Nam communiter à DD. receptum est, posse etiam testamentum per duos testes probari, si fortè vel ceteri testes mortui sint, vel instrumentum testamenti deperditum fuerit. per l. 2. C. Quem. dm. testa. aper. arg. l. 2. C. de bo. poss. sec. tab. Hotom. ad d. l. ad testium §. 1. Pulrè Vigl. ad §. sed cum aliquis. Inst. de testa. ordin. & Corna. lib. 9. comment. c. 3. Notant DD. in l. 2. C. de bo. poss. sec. tab. per tex. ibidem. ubi tradunt amissis tabulis testamenti, per duos testes testamentarios ultimam defuncti voluntatem plenè probari posse. Ergò si amisso testamento potest probari ultima voluntas per duos testes, etiam uno teste mortuo, vel illegitimo facto, vel lumbis, subsistet nihilominus testamentum: quia per aliorum testium subscriptiones & sigilla, ultima defuncti voluntas comprobabitur. Denique ad uem usum sit testamentum in scriptura, si per eam ultima voluntas defuncti probari nequit? Vel quid differt testamentum scriptum à nuncupatio, si & lud à testium voce aequaliter pender? Idem latè confirmat Sichard. ad l. 1. de testam.

ASSERTIO XVI.

Non tantum annulo, sed etiam alio quouis sigillo characterem habente, testamentum signari potest.

QUÆRITVR an testes annulo tantum, an verò alio signo vice annuli testamentum signare possint. Et quidem vulgaris lectio in *l. ad testium* 22. §. *signum*. ff. *Qui testa fac. pos.* habet, quod annulo tantum quis signare possit testamentum; dum tamen habeat *χαρακτήρ* i. sculpturam vel imaginem aliquam. Quod & hac ratione comprobari videtur, quod si alia signa fortuita in testamentis admittantur, tunc veteris juris solennitas in testamentis introducta valdè labefactabitur. Verum rectius *Baro & Hotomannus in d. §. signum*, addunt negativam: legentes. Et magis est, ut non tantum annulo quis signare possit, adstruentes quouis signo posse signari testamentum. Quam lectionem sententia d. §. *signum*, omninò exigit, Nam illa verba, dum tamen habeat *χαρακτήρ* subiiciuntur loco exceptionis à præcedenti generali oratione. Oportet itaque precedere hanc generalem orationem, licere non tantum annulo, sed quouis impresso signo signare, dum tamen habeat characterem, id est, insculptam sigilli imaginem. Confirmat quoque hoc ratio à Icto Vlpiano in *d. §. signum* adiecta, dum inquit, Variæ enim homines signant. Alioqui in oratione exclusivâ, quâ diceretur, licere tantum annulo signare, ita scribendum fuisset, sed magis est, ut tantum annulo quis signare possit, & quidem eo qui habet characterem. Eaque sententia, quod non tantum annulo, sed & quouis alio sigillo possit signari testamentum, usu & consuetudine servatur: teste *Accursio & Bartolo in d. l. ad testium §. signum*. Quos sequuntur *Conna. lib. 6. comment. cap. 2. & Donel. lib. 6. comment. cap. 8.* Dissentit *Viglius ad §. possunt autem. Inst. de test. ordin.* qui vult annulo tantum posse signari tabulas testamenti, eò quod testamentum sit res maximi manenti, continens dispositionem de omnibus bonis defuncti. Hæc verò nostra sententia quod quouis signo vel sigillo testamentum à testibus possit subsignari, constitutione imperij est comprobata. *van Notarien. sub rubr. van testamenten vers. Nach der form eines testaments.*

ASSER-

ASSERTIO XVII.

*Filiusfam. ne quidem consentiente patre testamentum
facere potest.*

QVI alieno juri subiecti sunt, vt filiifam. testamentum facere prohibentur. *l. 6. ff. Qui test. fac. poss. Inst. Quib. non est permiss. fac. test. in princ.* Quod adeo verum est, vt ne quidem consentiente patre testamentum facere possit. *d. l. 6.* Ratio est, quia testamenti factio juris publici est, hoc est testamenti faciendi facultas tribuitur jure publico & legibus, non priuatorum hominum voluntate *l. 3. ff. Qui test. fac. poss.* Atqui jus publicum exigit, vt paterfamil. sit, qui de bonis suis testari volet. Iuri autem publico priuatorum pactis derogari non potest. *l. ius publicum 38. ff. de pact.* Proinde nec filiifam. legata aut fideicommissa codicillis relinquere possunt, quia hæc omnia pendent ex factione testamenti. *l. 2. ff. de legat. 1.*

Sed opponitur huic decisioni, quod filiifam. in causis publicis habetur loco patrisfam. *l. filiusfam. 9. ff. de his qui sui vel alien. jur. sunt.* At testamenti factio est juris publici. *l. 3. ff. Qui testa. fac. poss.* Vnde & filiofam. permitti debet testamentum de bonis suis condere. Resp. Lex *xii. tab.* expressè requirit, vt paterfamil. sit, qui de re sua pecuniæ testari volet. Sic enim habent verba legis. *xii. tab.* Paterfam. vti super pecunia, tutelæ suæ legassit, ita jus esto. Deindè quod dicitur in causis publicis filiumfam. haberi pro patrefam. hoc intelligendū est de officiis & muneribus publicis, vt videlicet filiifam. nō minus quā paterfam. tutor esse, item magistratū gerere possit.

Secundò obijcitur. Filiifam. potest consentiente patre mortis causa donare *l. tam is. 25. §. 1. ff. de mort. caus. donat.* Ergo & testamentum facere potest permittente patre, quia mortis causa donatio est vltimæ voluntatis species. *§. 1. Inst. de donat.* Resp. Longè dissimilis causa est inter donationes causa mortis, & testamenta. Nam donatio est juris priuati, testamenti verò factio juris publici. Atqui quæ priuati juris sunt, priuatorum pacta admittunt, secus verò ea quæ ad publicam vtilitatem sunt constituta. *l. 3. ff. Qui testam. fac. poss.* In publicis enim causis nihil potest conuentio priuatorum. *l. ius publicum ff. de pact.* In castrensibus tamen & quasi castrensibus bonis permittitur filiofam. testamentum facere etiam inuito patre. *Inst. Quib. non est permiss. fac. test. in princ.* Ratio est, quia in hisce bonis filius habetur pro patrefam. *l. 2. ff. Ad SC. Maced.* Idcoque etiam filiifam. Doctor, Iuris Medicus, Aduocatus, Magister artium, Notarius, possunt testari de bonis ratione officii vel professionis suæ acquisitis, quia hæc omnia computantur in quasi

in quasi castrensi peculio. *l. ult. C. de inoff. test. l. fori. & l. advocati. C. de advo. divers. judic.* De profectitiis igitur & aduertitiis bonis filiisfam. testamentum facere non licet, ne quidem consentiente patre.

A S S E R T I O XVIII.

Hæredis appellatio non solum ad proximum hæredem, sed & ad ulteriores refertur.

TRADITUR pro regulâ juris, quod hæredis nomine non solum primus hæres, sed etiam ulteriores, hæredisque hæres significatur, & ceteri deinceps longa serie succedentes. Vnde & hæredis hæres, primi testatoris hæres esse dicitur. *l. hæredis. 65. & l. sciendum 70. l. hæredis 170. ff. de V. S. l. qui per successionem 157. de R. I. l. ult. C. de hered. inst.* Exemplum est in *l. in annalibus. 22. C. de lega.* ubi rescriptum est, quod legatum annuum alicui & hæredibus ejus relictum, ejus quoque hæredibus in infinitum relictum censetur. Hinc & illud decisum est, si alicui in testamento conditio imposita est, ut hæredi daret, hæc etiam conditio in hærede hæredis adimpletur, *l. cum ita datur. 94. §. 1. ff. de condit. & demonstr.* Huc facit *l. de homicid. in 6.* ubi ab Innocentio quarto Pont. sancitum est, quod Pontifex Romanus licet indignus & inmeritus sit, hoc est, licet infinitis passibus à doctrina & moribus Apostoli Petri turpiter defecerit, nihilominus successor ejus dicatur, quamvis maximo numero alii medii intercesserint.

Opponitur primò *l. qui liberis. 8 §. ult. ff. de vulg. subst.* ubi cum testator filio suo ita substituisse, *Quisquis mihi hæres erit, idem impuberi filio hæres esto,* de primo hærede tantum intellexisse videtur, neque hæredis hæres admittitur. Resp. Cessat hæc regula in substitutione pupillari. Ratio est, quia illi demum hæredes per hanc substitutionem vocati censentur, qui certi sunt, & quos affectione aliqua testator prosequitur, at erga hæredem hæredis ut ignorum nulla versatur testatoris affectio. Vnde nec talis persona à patre filio substituta censetur.

Secundò aduersatur *l. antiquitas. 14. C. de usufruct.* ubi deciditur, quod si testator Titio, ejusque hæredibus usufructum legauerit, primo tantum hæredi, non verò ulterioribus hæredibus usufructum reliquisse censetur. Resp. Dispositio hujus regula non procedit in legato usufructus hæredibus relicto, hoc enim legatum ad primum tantum hæredem pertinet, ne proprietas pertuò inutilis reddatur, sublata omni spe consolidationis.

Tertiò obijcitur *l. sciendum 70. de V. S. & §. illud. Nov. 78.* Ut de cætero liberti, &c. vbitraditur, quod ingrati accusatio, qua permittitur patrono & ejus

is hæredibus libertum vt ingratum accusare, & in seruitutem reuocare tantum conceditur proximo hæredi filio, non etiam si hæredi hæres extiterit. l. 1. p. Hoc specialiter receptum est, quod ingrati liberti accusatio vltra primos hæredes patroni non extenditur. Idque cā ratione accidit, quia ingrati accusatio odiosa est, quæ libertum sub pristinum seruitutis iugum reuocat, eoque vltra primos hæredes patroni non porrigitur. l. 1. 7. & vlt. C. de re. i. donat. l. penult. C. de libert. & eo. liber.

ASSERTIO XIX.

*Institutis iis hæredibus qui jure ciuili institui non possunt,
hæreditas non ad fiscum desertur, sed ad hæredes
ab intestato pertinet.*

HÆREDES illi tantum institui possunt, cum quibus est testamenti factio, hoc est, qui ex testamento vel ipsi capere, vel alij acquirere hæreditatem possunt. l. si alium 49. §. 1. ff. de hered. inst. §. testamenti. Inst. de hæ. l. qual. & d. ff. §. legari Inst. de legat. Testamenti autem factio est solum in ciuibus Romanis. l. 1. ff. Ad l. Falc. Hinc deportati, & in opus publicum perpetuò dati, vt sunt qui moribus nostris damnantur ad triremes, quia damnatione ciuitatem amittunt, fiuntque ἀπολίδες. i. sine ciuitate. l. 2. §. 1. ff. de pæn. nec hæredes institui possunt tanquam peregrini. l. C. de hered. inst. Sed quæritur, si tales qui hæreditatem jure ciuili ex testamento capere non possunt, instituti sint, an tunc hæreditas perueniat ad hæredes ab intestato, an verò ad fiscum. Et verior est sententia, ad proximos hæredes ab intestato hæreditatem incapacibus personis relictam pertinere, an verò ad fiscum. Quod probatur per d. l. 1. C. de hered. inst. vbi traditur, quod si deportati scripti sint hæredes, quod tanquam peregrini hæredes esse non possint, sed hæreditatem in ea causa esse, in qua esset, si scripti hæredes non essent. At si scripti hæredes non fuissent testamento, tunc hæreditas perueniet ad proximos hæredes ab intestato, nec prius admitteretur fiscus, quam isti omnes exclusi essent. l. in plurium. 70. ff. de acqui. hered. l. 1. §. Si tab. testam. nul. ext. l. 1. in princ. & §. qui semel. ff. de success. edict. Ideo & deportatis hæredibus institutis, hæreditas ad proximos hæredes ab intestato, non ad fiscum pertinebit. Idem diserte traditur in l. 3. ff. De his que non script. vbi generaliter traditur, si quid relictum sit in metallum damnatis, vel aliis incapacibus, pro non scripto haberi, nec ad fiscum pertinere. Hanc esse veram & communem DD. opinionem testatur Iul. Clarus in recept. Y
semens.

sentent. §. testamentum, quæst. 22. quod scilicet, deportato instituto hereditas non applicetur fisco, sed pertineat ad heredes ab intestato, perinde ac si deportatus institutus non fuisset.

Opponitur huic assertioni *l. cum quidam 12. ff. de his quæ vt indig.* vbi dicitur, quod cum quidam scripsisset hæredes quos instituere non poterat, quumvis institutio non valeat, hæredibus tamen vt indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem, auferri hæreditatem à Senatu & fisco applicari. Responsum. Non dicitur in illâ lege, quod quidam scripserat hæredes, qui omnino institui non poterant, sed quos ipse scilicet testator instituere non poterat, vt intelligamus agi de hæredibus, qui conditione quidem suâ institui poterant, verum iis quos testator ob priuatas causas instituere non poterat, qualis est, qui instituit mulierem quam adulterio cognouerat. Hoc casu & similibus hæreditas vt indigno auferitur, & fisco vindicatur. *l. Claudius. & l. mulierem. ff. De his quib. vt indig.*

Secundo obijcitur *l. si deportati. 7. in princ. de leg. 3.* vbi dicitur, si deportati seruo aliquid relictum sit, id ad fiscum pertinere. Responsum. Id quod deportati seruo relictum est, pertinet ad fiscum. Cum enim omnia quæ deportatus post deportationem & publicationem bonorum acquirat, pertineant ad fiscum *l. 2. C. de bon. proscript.* hinc fit, vt quod seruo quem deportatus post deportationem acquisiuit, relictum est, perinde censetur, ac si ipsi fisco relictum esset, cum fiscus sit verè dominus ipsius serui. Vnde & legatum seruo deportati relictum, fisco acquiritur, tanquam vero domino serui, vt res solent per seruos dominis acquiri. Verum quod ipsi deportato relictum est, hoc non pertinet ad fiscum, sed ad heredes ab intestato, quasi pro non scripto sit, quod relictum est. *d. l. 3. ff. De his quæ pro non script. hab.*

ASSERTIO XX.

*Institutio hæredis facta sub turpi demonstratione,
vitiat institutionem.*

TURPIS demonstratio hæredis vitiat institutionem, vt puta si hæres institutus non appellatus sit suo nomine, sed turpi aliqua demonstratione, qualis contumeliæ causa adjici solet. tex. in *l. quoties. 9. §. si quis nomen. ff. de hæred. inst.* Similiter & legata sub turpi conditione relicta sunt inutilia, *l. turpia. 54. de legat. 1.* vbi ita respondit IC. Pomponius, quod turpia legata, quæ denotandi magis legatarij gratia scribuntur, odio scribentis pro non scriptis habentur. Exempli gratia, ille qui nuper in hac ciuitate fustibus caesus est, ille quem fama est, latrocinium his diebus commissum perpetrasse, ille qui nomi-

natur

atur in hac urbe scurra, morio, hæres mihi esto, vel tale legatum capiat. Hæc institutio hæredis, hoc legatum jure improbat, etiam si constet, quis ille sit, cui fustibus cæsus est, quis item ille, de quo sit superior fama & opinio. *d. l. turpia.* ubi additur ratio, quod odio scribentis, legata turpia, quæ denotandi magis legatarii gratia scribuntur pro non scriptis habentur.

Sed opponitur huic decisioni hæc regula juris, quod scienti & volenti nulla fiat injuria, vel dolus. *l. nemo videtur 145. de R. l.* ubi statuitur pro regula, ut nemo videtur eos fraudare, qui sciunt & consentiunt. Ideoque si hæres ac demonstratione insignitus nihilominus agnoscat hæreditatem, vel legatum, nulla potest videri injuria illi à testatore irrogari. Resp. Ideò hoc legatum, hæc institutio hæredis nulla est & inutilis, quia pugnat cum fine institutionis & legati. Nam institutionis & legati hic finis est, ut hæredi instituto & legatario honos exhibeatur. At turpi demonstratione designato hærede vel legatario, institutio & legatum hos dedecore & probro afficit. Non enim possunt ex ea demonstratione hæreditatem vel legatum petere, nisi prius confesserint se eos ipsos esse, qui sunt demonstrati, quod illis turpe esset & probrosum. Pulchrè *Donel. lib. 6. com. c. 19.*

Secundò objicitur *l. his verbis 48. §. 1. ff. de hæred. inst.* ubi dicitur, quod valet illa institutio, Filius meus impiissimus, malè de me meritis hæres esto. Resp. Valet illa institutio cum maledicto, dum tamen absit contumelia. Vnde ista institutio valet, Filius de me malè meritis, hæres esto, quia pater videtur maledictum dicere magis admonendi & objugandi filii causa, quam ut illi notam quandam contumeliæ inurat. Sed si contumeliæ causa adijcitur maledictum, quod maximè & præcipuè fit in hæredibus extraneis, tunc odio scribentis institutio pro nulla habetur. *d. l. turpia. Duar. ad tit. de hæred. inst. c. 3.*

ASSERTIO XXI.

*Quæ institutio, item quod legatum ab initio non constitit,
ex post facto non conualescit.*

QUÆSTIO movetur à IC. an si ab initio non subsistit institutio hæredis, item legatum vel fideicommissum, vel propter vitium personæ, cui legari non potest, vel rei quæ legari non possit, si hoc impedimentum postea sublatum sit, redieritque in eum locum, à quo incipere possit legatum vel fideicommissum, an conualescat legatum, an verò non confirmetur, quia legati initium spectari oporteat? Exempli gratia, deposito legatum

relictum est, is postea beneficio Principis in ciuitatem rediit, quæritur an legatum illi relictum conualescat? Item res mea mihi legari non potest, deinde à me alienata, mea esse desit, quæsitum est, an hæc rectè mihi legetur. Et hæc regula Catoniana sic decidit, Quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocunque testator decessit, non valere. *l. 1. ff. de reg. Cato.* Quibus verbis hæc vniuersa quæstio deciditur, vt siue alicui legari non potuit, siue res aliqua ab initio legari non potuit, ita ab initio inutile sit legatum, vt nulla mutatione personæ, aut rei postea incidente conualescat. Eaque sententia aliis duabus regulis iuris confirmatur, quæ ita habent. Quæ ab initio inutilis fuit institutio, tractu temporis conualescere non potest. Item quod ab initio vitiosum est, tractu temporis conualescere non potest. *l. quod initio 29. l. que ab initio, penult. ff. de R. I.* Sic deportato legatum relictum non valebit, & ne quidem si viuo testatore ciuis Romanus esse coeperit, legatum conualescet. Similiter res mea mihi legari non potest, si legata sit mihi, quamuis viuo testatore sit alienata, nihilominus legatum conualescet, quod ab initio non constitit. *l. cætera. 41. §. 1. de leg. 1.*

Sed obijcitur *d. l. 1. ff. de reg. Cato.* Cujus hæc sunt verba, Item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, si eum viuo testatore alienaueris, legatum tibi debetur. Resp. Hæc verba non ita accipienda sunt, ac si tibi purè legatus esset fundus proprius, vt si eum viuo testatore alienaueris, nihilominus tibi debeatur, sed ita intelligenda sunt, vt tibi fundus tuus legatus esse dicatur, sub hac conditione, si eum viuo testatore alienaueris, ac tum respondeatur hoc casu legatum deberi. Loquitur enim IC. Celsus illic de legato conditionali, atqui regula Catoniana ad legata conditionalia, & conditionales institutiones non pertinet. *l. penult. ff. de reg. Cato.* Idem confirmat breuiter & dilucidè Paulus in *l. mea. 98. ff. de condit. & demonstr.* vbi respondit in hæc verba. Mea res sub conditione mihi legari potest, quia in huiusmodi legatis non testamenti facti tempus, sed conditionis expletæ spectari oportet. Similiter si deportatus institutus sit sub conditione, cum capere poterit, aut alia quauis, & tempore expletæ conditionis capere poterit, rectè institutus censatur, & capax factus hæreditatem capiet. *arg. l. in tempus. 62. ff. de hered. inst.* Regula enim Catoniana tum ad conditionales institutiones, tum ad legata conditionalia non pertinet, hoc sensu, vt quamuis quid legatum sit, quod si initium spectaremus, non valeret, tamen vtile sit, si tempore existentis conditionis vtiliter relinqui potuit, vt hoc tempus euenientis conditionis potius spectemus, quam facti testamenti. *d. l. mea. 98. ff. de condit. & demonstr.*

ASSER-

ASSERTIO XXII.

Milites coram testibus saltem duobus testamentum sine scriptis condere possunt.

MILITES quamvis à testandi solennibus immunes sint, eorum tamen ultimum elogium coram testibus saltem duobus exponi debet, quoties de scriptis testantur, quo probari postea possit illorum voluntas. Neq; enim in conuiuio aut congressibus familiaribus miles aliquem hæredem dixerit, continuò hoc pro testamento habebitur. §. *planè. Inst. de test. mil.* Solemus enim aliquando in familiari colloquio, commemorantes alicujus erga nos merita, ciuilibiter & honoris gratia magis, quam ex animo dicere, nos vultum velle, vt bona nostra post mortem ad eum redeant. Debet igitur certò constare de militis voluntate, quod seriò testari voluerit, l. *Lucius 40. ff. de test. mil.* Quod aut scripto militis qualicunque, quod certum sit ab eo esse perfectum, constabit, vel sine scripto idoneis testibus, coram quibus miles ultimum suum iudicium protulit. Quam ad rem ex regula communi duos testes sufficiunt, duo tamen vt minimum necessarii. l. *rei. ff. de testib.* Non enim opus est, vt miles testes solenniter conuocet, quia rogatio est actus iurisdictionis, cujus solennitatibus milites non sunt adstricti.

Sed obijcitur §. *planè. instit. de test. mil. & l. Diuus. 24. ff. eodem.* vbi dicitur, vt valeat testamentum militis, requiri vt coram testibus saltem duobus hoc conuocatis ultimam suam voluntatem exponat, quem scilicet velit sibi hæredem. Resp. Quod ibi dicitur, quod conuocatis ad hoc hominibus testes testatus est, illa verba duntaxat narratiuè non dispositiuè sunt posita. Continent enim facti tantum narrationem, quod scilicet ita de facto euenerat, quod miles coram testibus vocatis de bonis suis disposuerat; Verba autem inchoatiua seu narratiua nihil disponunt. Ita rectè *Viglus in d. §. planè*, communem interpretum opinionem decidit, quod videlicet cum de militis ultima voluntate constat, initum non fiat ejus testamentum ob hoc, quod testes ad testamentum faciendum non conuocauit. Cui sententiæ adstipulantur *Wesembec. Stephanus Bodaus & alii.*

ASSERTIO XXIII.

Hæreditas non adita ad hæredes non transmittitur.

EX T A T variis locis hæc definitio seu regula juris, quod hæreditas non adita, aut bonorum possessio non agnita, ad hæredes non transmittatur, quæ traditur in *l. quoniam. C. de jure delib. l. vnic. §. in nouissimo. C. de caduc. toll. l. emancipata. C. Qui admit. ad bon. poss.* Cujus regulæ hæc est sententia quod hæreditas non adita à defuncto, ne quidem ita ad hæredes transmittatur, ut possint eam adeundo consequi, jus enim adeundi hæreditatem ad hæredes non transmittitur. Mortuo itaque hærede ante aditam hæreditatem, ita hæreditas morte ejus amittitur, ut jam adeundo ab hæredibus defuncti amplius acquiri non possit.

Sed aduersatur huic decisione hoc argumentum. Hæres succedit in omne jus defuncti. *l. hæres in omne. ff. de acqui. hæred. l. hæreditas. ff. de R. I.* Atqui jus adeundi habuit hæres defunctus, ergo illud transfert ad hæredes suos. Resp. Ad ea quæ personæ cohærent, hoc juris axioma non pertinet, quia quod personale est, ad hæredem non transit. *l. non solum. §. tale. ff. de liber. leg. l. quia tale. 13. ff. Solut. matr.* Atqui jus hæreditatis delatæ adeundæ est personale, quia personæ conditio locum facit huic beneficio. *l. in omnibus causis. ff. de reg. jur.* eò quod in hoc jure tribuendo, personæ hæredis, meriti, dignitatis, reuerentiæ ejus, aut similibus rerum personæ cohærentium ratio habetur. Defertur enim hæreditas aut ob præcedens aliquod meritum plerumque hæredibus scriptis, aut ob conjunctionem sanguinis, proximis hæredibus ab intestato, liberis puta, parentibus, aut cognatis. *l. nec adsecut. & l. seq. ff. Pro soc.* Itaque cum beneficium delatæ hæreditatis adeundæ cohæreat personis hæredum scriptorum, aut proximorum cognatorum, ideo cum persona extinguatur, nec transit ad hæredes, *d. l. quia tale. ff. Solut. matr.*

Secundò obiicitur *l. cum antiquioribus. C. de ju. delib.* ubi sancitur, quod mortuo hærede qui seipsum sibi delatam esse hæreditatem, ante aditam hæreditatem intra annum, jus deliberandi & vnà adeundi hæreditatem transmittit ad hæredes suos quoscunque, intra id tempus, quod ipsis, si viuerent, ex eo anno ad deliberandum reliquum esset. Resp. Hic specialis casus excipitur à generali regula, qua traditur hæreditatem non aditam non transmitti ad hæredes. Cujus specialis juris hæc est ratio, quia cum sciunt hæredes sibi delatam esse hæreditatem, neque adeunt, existimantur deliberare de hæreditate adeunda & id jus deliberandi, atque ex eo jus adeundi, si expediat, sibi sumere, quod sumtum, & velut suum factum, non mirum si ad hæredes suos transferant.

Tertio

Tertiò aduersatur *l. vnic. C. de his qui an. aper. tab.* tibi traditur, quod liberi parentum hæreditatem sibi delatam, nec aditam, quamuis juris sui ignari, ad alios eosdemque suos hæredes transmittant. Resp. Speciali favore liberorū, hoc est singulariter indultum: quia enim hæreditas parentum liberis debetur naturali jure sanguinis, fit vt hæc transmissio hæreditatis parentum non ad alios facilius permittatur, vt ita nepotes ad auitam hæreditatem aui sui, filio fortè premortuo, sine vllā temporis præscriptione perueniant.

ASSERTIO XXIV.

Iuri adeundi hæreditatem 30. annis præscribitur.

OMMVNIS & recepta est DD. sententia, quod juri adeundi hæreditatem 30. annis præscribitur. Ita notant *Accurs. & communiter DD. tit. 3. ff. de acqui. hered.* Hæc sententia probatur primò hoc argumento, quod omnia jura perfonalia, siue publica siue priuata, 30. annorum præscriptione tollantur. *l. omnes. & l. sicut. C. de præscript. 30. anno.* Itaque & jus adeundi hæreditatem, longissimi temporis spacio, videlicet præscriptione 30. annorum tollitur & extinguatur. Secundò eadem sententia confirmatur per *lucet. 8. & in gloss. C. de jur. delib.* vbi dum negat tex. juri adeundi hæreditatem vel juri inmiscendi se hereditati præscribi longo tempore, puta decem annis inter præsentes, viginti inter abentes, à contrario sensu colligitur juri adeundi præscribi saltem longissimo tempore, vt puta si quis per 30. annos elauit adire hæreditatem, iam sit exclusus à jure adeundi, & præscriptione 30. annorum possit à petitione hæreditatis repelli. Tertiò facit ad hujus sententiæ comprobationem firma & efficax ratio, quia illud longissimum tempus inducit tacitam repudiationem. *l. si filius. C. de petit. hered.* quæ est fortior & efficacior quam verbalis repudiatio. Ita notat *gloss. in l. si quis suus hæred. ff. de jur. delib. per l. 3. C. de jur. & fact. igno.*

Contra hanc communem & receptam DD. sententiam mouetur tale argumentum. Jus adeundi hæreditatem non est in bonis nostris, sed facultas tantum quædam censetur, seu potentia adeundi. *l. pretia rerum. 63. vers. sed heredem. ff. Ad l. sale.* Atqui quæ nuda & meræ facultatis sunt, nullo tempore præscribuntur. *l. viam. ff. de via publ.* Ergò & jus adeundi hæreditatem nullo quantumuis longissimo tempore præscribitur. Resp. Propositio hujus argumenti falsâ est, nam jus adeundi hæreditatem non est mera facultas duntaxat, sed est jus quoddam acquirendi hæreditatem, ex quo postquam est in actum deductum, producit & nascitur petitio hæreditas. *l. 3. C. de instir.*

de instit. & substit. Præterea quod dicitur, impræscriptibilia esse, quæ meræ facultatis existunt, publicæ utilitatis favore procedit. Itaque in iis, quæ publicæ utilitatis sunt, ut in viâ publica, locum habet. Nam quæ sunt privatae utilitatis, præscriptione tolli possunt. *l. si quisquam. ff. de divers. temp. præscript. l. in bello. §. si quis servum. vers. ideoque transacto tempore ff. de capt. & possi.*

Secundò opponitur hoc argumentum. Ius adeundi hæreditatem in solo animo consistit. *l. si aui. C. de jur. delib. §. ult. Inst. de hered. qual. & diff.* Sed cum præscriptio sine possessione non procedat. *l. 3. ff. de vsucap. & nemo sit, qui alterius animum possideat, hinc sequitur nec juri adeundi hæreditatem præscribi. Resp.* Non agitur hic propriè de præscriptione, sed extinctione juris adeundi per non usum longissimi temporis. Nam in iuribus incorporalibus, quæ propriè non possidentur, satis est argui ejus negligentiam, qui jus sibi competens exercere negligit. *l. sequitur. §. si viam. ff. de vsucap. l. corruptionem. C. de usufructu.* Hæc sententia quod juri adeundi hæreditatem 30. annis præscribatur, communiter à DD. recepta est & approbata, ideoque ab ea in judicando & consulendo non est recedendum. Ita attestantur *Sichard. ad l. licet. C. de jur. de liber. Gomez. Variar. resol. tom. 1. c. 9. nu. 17. & 28. Suarez in thesauro recept. senten. num. 60. in litera A. Approbat Corras. lib. 5. Miscel. cap. 21. Dissentiunt Salycet. & Fulgos. ad d. l. licet. Aliter statuit Mins. cent. 2. obs. 71. qui vult juri quidem adeundi hæreditatem 30. annis præscribi, sed juri immiscendi, quod competit suis hæredibus, nullo unquam tempore præscribi posse. per l. unic. C. de his qui ante apert. rab. & quia aditione hereditatis opus non habent. Cui sententiæ adtipulatur Cuias. vir multe doctrinæ atque eruditionis in parat. C. de ju. delib. ubi inquit, Si neque à ludice, neque à Principe datum sit tempus ad deliberandum, jus, ut opinor, adeundæ hereditatis est perpetuum. *l. 1. C. de su. & legit. & ita notant Græci ad l. 4. C. Qui adm. ad vo. pos. τὸ πολιτικὸν δικαίον χρόνος οὐκ ἐπιμαρτυρεῖται.* Quibus crediderim magis, quam argumentis Latinorum ductis male vel ex *l. 8. C. de jur. delib.* vel ex aliis locis. Postremo illud singulariter notandum, quod si filij ex capite unde liberi ob 30. annorum præscriptionem à patris hæreditate repellantur, ad eandem ex capite, Unde legitimi vel agnati nihilominus admittentur intra alios 30. annos. Ita communiter receptum esse à DD. notat *Suarez in thesau. recept. senten. nu. 262. in litera F. per l. 1. §. sed videndum. ff. de succes. edic.* Eandem sententiam approbat & confirmat *Alcia. lib. 4. Paradox. c. 4.**

ASSER-

ASSERTIO XXV.

*Filius viuo patre non est dominus bonorum
paternorum.*

QUOD filius viuo adhuc patre nullum habeat dominium in bonis patris, hisce argumentis liquidò satis comprobatur. Nam filius patre non consentiente manumittere non potest seruos patris nos *l. si consentiente. 16. l. secundum 22. ff. de manumiss.* Adhuc filius viuo patre rem nullam paternam alienare aut oppignorare potest. *l. 4. C. si res alie. pig. data sit. l. 3. C. de pat. pot.* Denique nec pro herede se gerere potest filius viuo patre in bonis paternis *l. neminem. 27. ff. de acq. hered.* vbi quod dicitur, neminem pro herede gerere se, viuo eo, in cuius bonis gerendum sit, ita intelligendum est, neminem, filiumfam. quidem in bonis patris viuo patre se heredem gerere posse.

Sed obstat huic decisione *l. in suis. 11. ff. de liber. & posth.* vbi traditur, quod filius quodammodò dominus est bonorum paternorum viuo adhuc patre. Resp. Dupliciter, vel quod fictione juris filiusfam. tantum dominus bonorum paternorum κατὰ ἐλπίδα & in spe, quod scilicet mortuo patre iam necessariò filius consequetur dominium bonorum paternorum. Quicunque enim filii sunt, necessariò etiam heredes existunt in bonis paternis. habent ergò filiifam. quasi dominium bonorum paternorum viuo patre, ἀρχαίως, id est per anticipationem, quoniam pater retinet administrationem bonorum suorum quamdiu viuit, filiusque post mortem patris non datur consequi nouum dominium, sed magis liberam bonorum administrationem. *d. l. in suis.* Vel secundò responderi potest, quod filius non simpliciter & absolute est dominus bonorum paternorum, viuo adhuc patre, sed non demum, si pater consentiat, & concedat illi plenam suorum bonorum administrationem & dispositionem. Sic rectè *Lactant. lib. 4. Inst. scripsum relinquit, Filium minorem esse dominum, patrem maiorem, ita vt patris arbitrio & voluntate filius nihil gerere & administrare possit in bonis paternis.* Ita tradunt *Vaconius à Vacuna lib. 3. declar. c. ult. Cujat. lib. obseru. c. 14.*

Z

ASSER-

ASSERTIO XXVI.

Heredes tenentur ad defuncti bona exoluenda pro portionibus hereditariis.

REGULA juris est desumpta ex legibus. 12. tab. quod heredes debitoris tenentur ad aes alienum defuncti, creditoribus hereditariis exoluendum pro portionibus hereditariis. Quæ regula relata extat in *l. 1. C. Si cert. pet. l. ea quæ. 6. C. Fam. ercisc. l. 2. & ult. C. de hered. act. l. heredes. 25 §. idem juris. ff. Famil. ercisc.* Ideò autem diuiditur aes alienum pro portionibus hereditariis, quia cum heredes teneantur, quatenus sunt heredes, necesse est, ut pro ea parte teneantur, ex qua sunt heredes. Quatenus enim ponitur causa, eatenus ponitur effectus. Successio est causa obligationis in heredibus: Ergo eatenus obligantur quatenus succedunt. Adedò autem verum est obligationem ipsò jure scindi inter heredes pro partibus hereditariis, ut pacto ipsorum heredum effici non possit, ut unus ipsorum teneatur creditoribus hereditariis in solidum *l. pacto. 26. C. de pact.*

Sed contra hanc assertionem pugnat *l. 2. C. de hered. act. & l. 2. C. Si unus ex plurib. hered. credit.* ubi traditur, si heredes debitoris possideant res pignori obligatas à defuncto, tunc non conveniuntur singuli heredes, qui possident res pignoras pro hereditariis portionibus, quas habent in pignore, sed in solidum, quoad totum debitum exoluant, vel pignore quod detinent, in totum cedunt. Resp. Decisio prædicta procedit in actionibus personalibus, non vero in hypothecaria actione; nam ea actione conveniunt heredes debitoris, si possideant rem pignori obligatam: singuli in solidum pro debito conveniri poterunt. Ratio duplex est: prima, quia hypotheca seu pignus obligatur in solidum, ut tam diu teneatur vinculo obligationis, donec omnis pecunia soluta fuerit. *¶ si rem. §. omnis ff. de pig. act.* Altera ratio est, quia actio hypothecaria sequitur rem pignoratam, & contra ejus possessorem competit. Itaque cum heredes debitoris actione hypothecaria conveniantur à creditoribus, alio coherede facto paupere, coheredes pro parte ejus tenentur; Quod non eodem modo obtinet in actionibus in personam, in quibus vno ex heredibus facto paupere, alius pro ejus parte conveniri non potest. *l. legatorum 33. de l. g. 2. Costal ad l. heredes. 25. ff. Famil. ercisc.*

Secundò in contrarium adfertur *l. si possessor 55. ff. de rei vend.* ubi statuitur, si unus ex pluribus heredibus possessor totum fundum possedit, quod in solidum condemnari debeat. Resp. Præscripta assertio obtinet tantum in personalibus actionibus, non verò in actione in rem seu rei vindicatione,

nam

am ibi vnusquisque hæres qui possidet rem petitam, in solidum tenetur, damnaturque in solidum, non pro hæreditaria portione. Ratio est quia actionem in rem parit possessio aduersarii. *d. l. si possessor. 55. ff. de R. V. l. 1. C. de re. jud. mut. caus.*

Tertiò aduersatur *l. 2. §. ex iis l. in executione. 85. ff. de V. O.* vbi proponitur, quod hæredes debitoris qui promisit iter dari, vel opus fieri, singuli neantur in solidum. Regula supra scripta non obtinet, si conveniantur coheredes de re indiuidua, puta ex stipulatione iter dari, vel opus fieri, tunc enim singuli hæredes tenentur, damnanturque plerumque in solidum.

ASSERTIO XXVII.

Codicilli nullam solennitatem ordinationis desiderant.

— **C**ODICILLI sunt voluntatis supremæ imperfecta testatio, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. Differunt hac notâ codicilli à testamento, quod testamentum sit plena & perfecta dispositio de omnibus bonis defuncti, codicilli verò sunt imperfectum testamentum. Hinc testamento tantum rectè hæres instituitur, at codicillis hæres institui non potest. *codicillis. Inst. de codicil.* Codicilli etiam sunt imperfectum testamentum, quoad solennia, quia non peraguntur codicilli certis solennibus, sicut testamenta. *§. sed cum parlatim. Inst. de testam. ord. l. hac consultißima. in princ. C. eod.* Hinc scriptum est, in *§. ult. Inst. de codicil.* quod codicilli nullam solennitatem ordinationis desiderant.

Sed obijciunt prædictis, quod codicillis etiam hæreditas relinqui potest, et fideicommissum. *l. 2. C. de codicil.* Resp. Ex hoc apparet totam hæreditatem codicillis vtiliter relinqui non posse, quoniam semper quarta Trebellianica apud hæredem remanere debet, qui hæreditatem restituit, illudque interest vtrum hæreditas relinquatur testamento, an petatur ex codicillis per fideicommissum. *l. 2. in fin. ff. de jur. codicil. l. coheredi. §. cum filia. ff. de vul. et pupil. subst.*

Secundò grauitèr aduersatur *l. ult. C. de codicil.* vbi statuitur, quod ad hoc valeant codicilli, requiratur vt adhibeantur quinque testes, item si fiant in scriptis, tunc subnotationem seu subscriptionem testium exigant. Ex quibus ostenditur, codicillos non omnino esse sine solennitate ordinationis, & hoc non conuenit cum eo, quod scriptum est in *§. ult. Inst. de codicil.* codicillos nullam ordinationis solennitatem desiderare. Resp. Quod dicitur codicillos nullam ordinationis solennitatem desiderare, hoc referendum est ad ius vetus institutionibus comprehensum. At iure nouo per constitu-

tionem Theodosii, quæ longo post interuallo introducta est, hoc statutum est, ut in codicillis exigantur quinque testes, & præterea eorum subnotatio requiratur, si fiant codicilli in scriptis. Præterea illi etiam in codicillis testes esse possunt, qui in solennibus & iustis testamentis testes esse vetantur. Hinc mulier ad testamentum testis adhiberi nequit, in codicillis verò testis esse potest, *l. qui testamento. 20. §. mulier ff. Qui test. fac. poss.* Denique in testamento non nisi testes rogati interuenire possunt, at in codicillis testes rogati an fortuitò intersint, nihil interest *d. l. ult. C. de codicil.* Pulchiè *Donell. lib. 7. com. c. 19.*

ASSERTIO XXVIII.

*Rei legatæ dominium acquiritur legatario statim
ab aditâ hereditate.*

DOMINIUM legati post mortem testatoris acquiritur legatario, ex quo scilicet adita est hereditas. *l. si tibi homo. 86. §. cum seruus. l. seruus 44. §. 1. de leg. 1.* Non verò dominium legati acquiritur prius, nec legata citius deberi intelligantur. Ratio est, quia potest hæres relictam sibi hereditatem repudiare, atque sic hereditate non aditâ, irritum fiet quicquid in testamento est scriptum. *l. si nemo. 9. ff. de test. tut.*

Sed aduersatur *l. a Titio. 64. ff. de furt.* ubi statuitur legata rectâ viâ à defuncto ad legatarium transire. Vnde colligunt DD. dominium legati statim à morte testatoris transire in legatarium. Resp. Hoc illa lex non probat, sed tantum significat, seruum legatum nunquam factum hæredis, cum nec ante, nec post aditam hereditatem illius esse poterit, eo quod dominium legati rectâ in legatarium transeat. *l. legatum 80 ff. de legat. 2.* Proinde si ante aditam hereditatem seruus legatus rem hereditariam sumptat, poterit hæres ob eam causam contra legatarium experiri, quia nova caput sequitur, licet seruus, delicti perpetrati tempore non fuerit legatarii. Aequum enim est, ut quem commoda cuiusque rei sequuntur, cum quoque committuntur incommoda. *l. secundum naturam. ff. de R. I.* Ita hanc controuersiam definiunt. *Anton. Guib. lib. 1. qu. jur. c. 14. Fab. lib. 6. coniect. c. 1.*

ASSER-

ASSERTIO XXIX.

Legata relicta ab instituto, à substituto tacitè repetita censentur.

CAVTVM est jure & pro regulâ traditum, quod legata ab instituto relicta, tacita voluntate testatoris à substituto repetita censentur. Quæ decisio proponitur in *l. licet. 74. ff. de legat. 1. l. non iustum. 4. C. ad SC. Trebel. l. siurio. 61. §. 1. de leg. 2.* Conjectura voluntatis sumitur ex his rebus. Quod testator legavit alicui, id voluit ei omninò præstari. Nihil autem causæ est, cur id velit præstari ab instituto hærede, nolit autem à substituto præstari, quia minus dilexit substitutum quam institutum, cum institutum prætulerit in hæreditate substituto. Huc facit, quod substitutus testatoris judicio eandem hæreditatem consequitur. Igitur consentaneum est, ut substitutus qui in cæteris judicium testatoris agnovit, etiam in hac re agnoscere debeat. Accedit & hæc ratio, quod testator substituendo heredi instituto, dicitur substituere in omnibus. *l. Iulianus. ff. de hered. inst. l. coheredi in princ. ff. de vulg. & pup.*

Sed aduersatur huic regulæ *l. sub conditione. 73. ff. de hered. inst.* ubi traditur sub conditione heredi instituto si substituamus, eandem conditionem non centeri repetitam in substitutione, sed purè substitutum intelligi. Resp. Alia est voluntas testatoris in legato quod ab instituto relictum est, alia in conditione institutioni adjecta. In legato ea mens est testatoris, ut omninò perveniat ad legatarium, itaque sic pertinet, si quod ab instituto legatum est, repetatur etiam à substituto. In conditione autem institutioni adjecta, aut solum institutum onerare voluit ea conditione testator, aut voluit soli substituto consultum, quo magis hæreditas ad eum deficiente conditione perveniret. Itaque non alium convenit onerari conditione, quam testator voluit, multò etiam minus conditionem nocere ei, cui testator ea conditione prodesse voluit.

Secundò obstat quod Scauola respondit in *l. quidam. 14. ff. de jur. codicil.* ubi legatum ab instituto datum, qui in viuis non erat tempore testamenti, à substituto ejus repetitum non censetur. Resp. Ea demum legata relicta ab instituto, repetita censentur à substituto, quæ ab initio constituerunt. Atqui legatum relictum ab eo hærede qui in viuis non erat tempore codicillorum, nullus est momenti; Idcoque à substituto ejus non debetur.

Tertiò repugnat assertioni *d. l. licet.* ubi dicitur, si evidens fuit voluntas testatoris in contrarium, non centeri legata ab instituto relicta, repetita à substituto. Resp. Superiori regulæ locus est in dubia & obscura voluntate testatoris:

toris: Cæterum ubi est manifesta voluntas testatoris in contrarium, quod scilicet testator noluit legata repetere à substituto, cessat hæc regula, Quæ voluntas ex duabus rebus colligitur: primâ est, si testator eidem fideicommissario, vel legatario aliam rem reliquerit à substituto, quam ab instituto non reliquerat; tunc enim non censetur cogitasse de repetitione. *d. l. licet*. Secunda est, si fideicommissarium ipsum, cui ab instituto reliquerat legatum vel fideicommissum, ex parte substituerit heredi instituto, quia tunc alterutro contentus esse debet, vel legato, vel substitutione. *d. l. licet*. Eleganter de hæc quæstione disserit *Donel. lib. 8. com. cap. 29.*

Quartò opponitur *l. si plures. 98. de legat. 3.* cujus hæc sunt verba. Si plures gradus sint hæredum: & scriptum sit, Hæres meus dato, ad omnes gradus hic sermo pertinet, sicuti hæc verba: Quisquis mihi hæres erit. Itaque si quis velit non omnes hæredes legatorum præstatione onerare; sed aliquos ex his: nominatim damnare debet. Ex quibus postremis verbis colligitur, quod si ab instituto legatum sit relictum nominatim, non videri repetitum à substituto. Resp. Illa lex disponit de pluribus institutis qui eodem gradu sunt, quod non tenetur alter scilicet cohæres, qui non est grauatus: cum grauatus adierit. Ita respondit *Comens. in d. l. licet. col. pen. vers. ad l. si plures.*

Quinto objicitur textus in *l. pater meus 29. §. quod alicuius. ff. de leg. 2.* ubi deciditur, quod quis fidei hæredis nominatim committit, ita demum videretur dari voluisse, si ille extitisset hæres. Resp. Ille textus loquitur in cohærede, qui venit per jus accrescendi, nos vero in substituto. *Alciat. de præsumtion. reg. 2. præsumt. 35. nu. 4.*

Sextò aduersatur *l. quarebatur. 20. §. ult. ff. de milit. testam.* ubi traditur, quod quando substitutio est directa militaris, legatum relictum ab instituto, non censetur relictum à substituto. Resp. Hoc specialiter receptum est in testamento militis. Rationem vide apud *Menoch. de præsumt. lib. 4. præsumt. 108. nu. 53. & seqq.* Aliter respondent, *Coras. in rubr. C. de impub. & aliis substit. num. 9. vers. aliam autem.* Duarenus in *in. de militari testam. cap. penult.* Approbat hanc decisionem *Fachinus libro 5. controuer. juris. cap. 39.*

ASSERTIO XXX.

Legata & fideicommissa in testamento non solenni relictæ, ne quidem naturaliter debentur.

VERIOR est sententia, legata & fideicommissa in testamento minus solenni relictæ, nullo jure, & ne quidem naturaliter deberi; quæ probatur hæc

hiscē sequentibus argumentis. Primum sumitur à causa obligationis. Cessante causa cessat effectus, atqui causa cur debeantur legata, est aditio hereditatis, *l. 3. §. ult. & l. 4. ff. Ex qu. caus. in poss. ea.* Cum igitur ex testamento imperfecto non adeatur hereditas, consequens est, nec legata deberi. Pro regula enim traditum est, heredem non adente hereditatem, nihil valere quod testamento scriptum est. *l. si nemo. ff. de testam. tute. l. si nemo. 181. de R. I.* Secundum argumentum à simili depromitur. Vt enim ex stipulatione non rectè facta non oritur obligatio naturalis *l. 1. §. si quis ita. de V. O. l. 1. §. eum u. ff. de const. pec.* ita etiam non oritur ex testamento non rectè facto. Tertium argumentum ducitur ab effectu, nam hæc legata soluta repetuntur per conditionem indebiti. *l. fideicommissum. 7. C. de condict. indeb. l. 2. §. 1. ff. dem.* Ergo non debentur naturaliter, alioqui naturalis obligatio impediret petitionem soluti *l. naturaliter 13. ff. de condict. indeb.*

Contrariam sententiam, quod scilicet naturaliter debeantur legata ex testamento minus solenni, tuetur Accursius in *l. 4. C. de jur. & fact. ign.* eamque robat hoc argumento. Ex testamento solenni oritur naturalis & civilis obligatio: simul igitur ex testamento non solenni oritur naturalis obligatio tantum. Resp. Non valet consequentia, nam ex testamento non solenni & imperfecto nulla oritur obligatio. Nec magis valet argumentatio Accursii, quam quis ita argueret. Ex vero testamento oritur naturalis & civilis obligatio simul, ergo ex falso testamento oritur naturalis obligatio tantum.

Secundò obijciunt *l. 2. C. de fideicom.* ubi dicitur, fideicommissum inutiliter relictum, non repeti ab eo qui soluit, per conditionem indebiti, quia non ex sola scriptura, sed ex conscientia fideicommissi relictii videtur hæres satisfecisse voluntati testatoris: Hinc ergo apparet naturaliter deberi, quia nisi naturaliter deberetur, posset repeti. Resp. Fideicommissum in specie illius legis ideo non potest repeti, quia solutum fuit ab heredem scienter, non per errorem: Cujus autem per errorem soluti repetitio est, ejus consulto dati donatio est, *l. cujus. 53. ff. de R. I. l. 1. ff. de cond. indeb.*

Tertiò opponitur *l. in testamento 38. ff. de fideicom. libert.* ubi testator alumnæ liberatam reliquit, & fideicommissa dedit in testamento imperfecto: Filii vero succedentes ab intestato manumiserunt alumnæ, Imperator pronuntiavit, eam rectè manumissam, & fideicommissa quoque ab intestato ei deberi. Resp. Hoc speciale est in alumna, ut ipsa verba legis ostendunt, primum enim & favoris plenum est legatum, partim favore libertatis, partim in gratiam alimentorum relictum, quæ piæ sunt & favorabiles causæ.

Quartò quod legatum & fideicommissum testamento minus solenni relictum, debeatur naturaliter, videtur confirmari ex *l. ult. ff. de rebus eo. qui sub. ut.* ubi voluntas testatoris efficax est, licet in testamento irritò & inutili
est ex-

est expressa. Resp. Ea voluntas non inducit obligationem, idè autem fortitur effectum, quia tutor eam voluntatem secutus sponte prædia pupillaria vendiderat, ergo rectè distraxit, quia Principis oratione cauetur, ut distrahi possint secundum voluntatem patris, neque requirit oratio, ut ea voluntas sit in testamento solenni expressa, l. 1. §. 1. ff. de reb. eo. qui sub tute. Quocunque igitur modo de eà voluntate constet, venditio sustinebitur. Verior itaque & probabilior est sententia, legata & fideicommissa in minus solenni vel imperfecto testamento relicta, nullo jure deberi. Attamen legata in testamento imperfecto & non solenni relicta, in foro conscientiae, & animarum, ut loquuntur, esse præstanda & implenda latè probat *Fachinaus libro quarto controvers. juris cap. 5.*

ASSERTIO XXXI.

Clausula hæc, Si non sequar juris solennitatem &c. non inducit fideicommissum.

SI testator adscripsit testamento suo, se nolle secundum nimiam & miseram vel scrupulosam diligentiam testari, sed potius animi sui rationem sequi, quam juris solennitates, & id testamentum aliquo modo propter omisas solennitates irritum fiat, quæri solet ab interpretibus, num valeat saltem jure codicillorum hæc dispositio: Et communiter à DD. receptum est, valere, teste *Ripa. ad l. 3. nu. 24. de leg. 1.* Sed contraria sententia tanquam verior sequenda est, & pro certo statuendum est, quod quoties quis testamentum facere instituit, pro codicillis hanc dispositionem non esse habendam, nisi id nominatim testator expresseit. Quod manifestè probat *l. coheredi. 21. §. quæ ita locum. ff. de vulga. & pupil. l. ex testamento. 29. C. de fideicommiss. l. 3. vers. quemadmodum. ff. de milit. test.* quæ leges unanimi consensu statuunt, tunc demum testamentum valere codicillorum jure, quando testator adiecit clausulam codicillarem, hoc scilicet modo. Si testamentum non valet jure solennis testamenti, valeat saltem jure codicillorum. Nec refert quod testator noluit juris solennitates in testamentis ordinandis requiritas sequi. Si quidem nemo potest cauere, ne leges in suo testamento locum habeant. *l. nemo potest. 55. de leg. 1.* Quinimò & legibus testamentorum Imp. qui mundi dominus est, se obstrictum fatetur, & hereditatem se non posse ex testamento imperfecto vindicare, ipsi Imp. rescripserunt, addita hac eleganti sententia, quod nihil tam proprium sit imperii, quam legibus vivere. *l. 3. C. de testa. l. ex imperfecto. 23. de leg. 3.*

Sed objicitur huic decisioni *Scævolæ responsum in l. Lucius. 88. §. ult. de leg. 3.*

2. vbi traditur, quod si quis ita in testamento scripsit. Si quid aliquid minus legitimè vel peritè fecero, pro iure legitimo haberi debet sani hominis voluntas, quod propter hanc clausulam adiectam, relicta fideicommissa ab intestato debeantur. Resp. Ideò sustinetur ibi ista dispositio in vim codicillorum, quia testator eos, ad quos hæreditas sua ab intestato pervenire esset, rogauerat, & consequenter clausulam codicillarem testamento iecerat. Quod enim dixit, si quid minus peritè sit factum, pro iure legitimo haberi debet sani hominis voluntas, ita intelligi debet, ut si testamentum quod testator facere destinavit, ob defectum alicuius solennitatis corrumpatur, tunc vltima voluntas eius valeat ex causâ intestati. Nam iuris legitimi appellatione, successio quæ ab intestato defertur, designatur. *l. si aut illud. l. lege duodecim. §. cum aliam & §. seq. l. ult. in princ. & §. cum igitur. C. de leg. red. l. 2. ff. de su. & legit.*

ASSERTIO XXXII.

In legatis posterior voluntas potior est priore.

¶ I C V T in legibus & constitutionibus Principum posteriores semper prævalent prioribus. *l. ult. ff. de const. Princ.* & quemadmodum pacta novissima derogant prioribus. *l. pacta. 12. C. de pact.* Ita in legatis quoque eadem regulâ servatur, quod posteriores scripturæ prævaleant, & potiores sint prioribus. *l. si mihi. 12. §. ult. de legat. 1.* Idque meritò receptum est, quia si posterius scripsit, quod priori contrarium est, à priori voluntate recessisse videtur. Licet enim testatori, quoad vivit suam extremam mutare voluntatem. *l. 4. ff. de adimend. lega.* Porro sciendum est, quod prior & posterior scriptura dicatur duobus modis: nam aliquando scriptura prior est ordine, sed posterior est intellectu, & è contra, quæ scriptura ordine est posterior, prior est intellectu. Quoties autem illud accidit, tunc ordo intellectus potius, quam scripturæ attenditur. *d. l. 12. §. ult. l. si ita sit adscriptum. 14. de leg. 1.* Exempli gratiâ. Si ita testator scripsit in testamento. Si cui bis legauero, semel ei deberi volo, deinde postea ei in testamento adscripsit alias quantitates, vel duos fundos, vnum tantummodò legatum valet, alterum ademptum censetur. *d. l. si ita sit adscriptum. 14. de leg. 1.* Nam etsi ademptio datione fit prior, ordine scripturæ præpostero inspecto, natura tamen intellectus est posterior.

Sed huic prædictæ. *l. 14.* grauitè obstat *l. si quis in principio. 22. de leg. 3.* vbi dicitur, si quis in principio testamenti ita scripserit. Cui bis legauero, semel deberi volo, & postea eodem testamento, vel codicillis, sæpius eidem le-

A a

gauerit,

gauerit, plura esse legata, & posteriorem scripturam seruari, non priorem. Resp. Hoc ideo ibi ita statutum est, quia vt subiicitur in *d. l. si quis*, testator adiecit specialiter in testamento, se prioris voluntatis pœnituisse, & voluisse, vt legatarius plura legata acciperet. Hæc dicitur clausula derogatoria, quia derogatur priori voluntati, efficiturque vt posterior scriptura seruetur, non prior. Ratio decidendi est, quia nemo potest sibi ipsi eam legem dicere, vt à priori voluntate ei recedere non liceat, nemoque potest suam ipsius ligare voluntatem. *l. quod autem. 7. §. penult. ff. de donat. int. vir. & vx. l. Dmi. 6. §. licet. ff. de iur. codicil.* Pulchrè Cuiat. lib. 14. Obs. c. 7.

ASSERTIO XXXIII.

Testator Trebellianicæ deductionem prohibere non potest.

NOBILIS est quaestio, an possit à testatore Trebellianica prohiberi. Et verior est, probabiliorque sententia, Trebellianicam non posse testatoris prohibitione auferri. Quæ sententia expressis textibus probatur, scilicet, per *§. sed quia suppletur. Inst. de iudic. hared.* vbi statuitur, siue hæres habeat quartam Trebellianicam ex voluntate testatoris, siue minus, siue penitus nihil, vt tunc, quando nihil, vel minus quarta apud eum remaneat, liceat ei quartam vel id quod quartæ dedit, ex S. C. Trebelliano retinere. Eadem decisio confirmatur per *l. si vt allegat. xi. C. Ad l. falc.* ubi statuitur, si pater filium hæredem instituit, & iussit eum fratribus hæreditatem restituere, censetur etiam pro Trebellianica esse contentum, quod non obstante illa dispositione testatoris, possit nihilominus integram Trebellianicam retinere.

Verum in contrarium adfertur. *Nor. de hared. & Falcid. §. si verò expressim*, vbi statuit. Imp. prohiberi posse à testatore Falcidiam, ergo & Trebellianica prohiberi poterit. Nam Falcidia & Trebellianica equiparantur, & paribus passibus ambulant. *l. Macellus. §. quod autem ff. Ad S. C. Trebel.* imò ad exemplum legis Falcidiæ Trebellianica deductio est inducta. *l. pater filiam. ff. Ad l. Falcid. l. iubemus. C. Ad S. C. Trebel.* Denique eadem videtur ratio subesse in Trebellianica, quæ est in Falcidiâ: scilicet vt hæredes hoc lucro & commodo allecti hæreditatem adire non recusent, & sic defuncti voluntas exitum sortiatur. Resp. Non obstantibus istis rationibus contraria sententia est verior: quandoquidem legislator non ignarus, quid commune sit Trebellianica cum Falcidiâ, Falcidiam prohiberi posse consi-

constituit, de Trebellianica verò nihil adjecit in *d. No. de hered. & Falcid.* Adhæc ante hanc Nouellam certum fuit Trebellianicam prohiberi non potuisse, quia nemo facere potest, quin leges in suo testamento locum habeant. *l. nemo potest. de leg. 1.* & satis id luculenter probant. *d. l. si vt allegas. C. Ad l. Falc. & d. §. sed quia hæredes.* Sed per dictam Nouellam contrarium non est constitutum, ergo manet jus antiquum incorrectum, vt à testatore nequaquam prohiberi possit detractio quartæ Trebellianicæ. Ad argumentum verò objectum, quod scilicet magna sit affinitas & similitudo Falcidiæ & Trebellianicæ, respondetur, quod licet hoc ita sit, non idcò tamen si in vno simili corrigitur jus antiquum, idcò statim in alio correctum esse censetur. Ideòque vt maximè in plurimis conueniant Falcidia & Trebellianica, tamen standum est juri antiquo, donec expressè sublatum sit, nec per vllam consequentiam, aut tacitam interpretationem licet nobis illud corrigere aut emendare. Adhæc perspicua ratio diuersitatis militat in hoc casu inter Falcidiam & Trebellianicam. Nam Trebellianicæ detractio competit hæredi grauato restituere hæreditatem per fideicommissum, quia inuitus cogi poterat à fideicommissario adire & restituere hæreditatem. *l. 4. ff. ad S. C. Trebel.* Falcidiæ autem beneficium datur hæredi grauato ad legata præstanda, qui quidem inuitus cogi non poterat à legatarijs ad adeundam hæreditatem. *l. si quis omissa. 17. ff. Si quis omis. cau. test.* Ideò que cum heres fideicommissio grauatus hæreditatem restituere, in eo sit deterioris conditionis, quam heres oneratus legatis, quod scilicet cogi possit à fideicommissario ad adeundam & restituendam hæreditatem, merito pro compensatione talis incommodi hoc lucro dignus censetur, vt Trebellianica priuari non possit à testatore, licet heres oneratus legatis Falcidia priuari possit. Hanc sententiam, quod testamento Trebellianica prohiberi non possit, defendunt & amplectuntur *Fachin. lib. 5. contro. c. 4. & 5. Vaudus lib. 2. quest. c. 17.* Dissentiunt communiter *D D. in Auth. sed cum testator. C. Ad l. Falcidiam.* longa serie congesti ab *Antonio Gabriel. in lib. 4. conclus. tit. ad Trebellian. conclus. 1. nu. 2.* qui testatur hanc esse communem, & ita iudicatum fuisse refert *Ioan. Pap. in suo Recuel. tit. de substitutionis. arrest. 19.* Declaratur hæc communis opinio, vt locum non habeat in liberis primi gradus. *l. si vt allegas. C. Ad l. falc. Guid. Pap. decis. 51. num. 1. & conf. 122.* vbi inquit in iudicando & consulendo ab hac declaratione non esse recedendum. Sequitur & approbat *Andr. Gail. lib. 2. Observat. cap. 138.* Dissentit *Menoch. de presumt. lib. 4. presumt. 198. nu. 5.*

ASSERTIO XXXIV.

Suntus studiorum à filio post mortem patris facti, de suis proprijs bonis, non ex communi hæreditate solui debent.

PROBATVR hæc assertio per *l. si filia. §. idem scribit. ff. Fam. ercisc.* vbi traditur, quod si filius post mortem patris munera aliqua suscepit, & æs alienum eo nomine contraxit, ab his oneribus cohæredes siue fratres ejus & sorores, liberi & immunes esse debent. Idem confirmatur per *l. ex parte. 39. §. filius. ff. eo.* vbi deciditur, quod si filius debita quadam post mortem patris contraxit, fratri suo pro parte hæreditaria ea reputare non potest, licet paternam hæreditatem communem possideant. Denique hæc sententia stabilitur per *l. Lucius. 21. §. idem respondit. ff. ad Munic. & l. 3. §. ult. ff. de munerib. & honorib.* vbi statuitur, quod si filius post mortem patris honores vel munera aliqua suscepit, puta si Doctóratu insignia consecutus est, vel Senator aut decurio factus est, hos sumtus in hanc dignitatem consequendam factos non de communi patrimonio, sed de proprijs suis bonis sustinere debet, licet pater viuus pro altero filio hæc onera expedierit.

In contrarium facit. *d. l. si filia. §. idem scribit. ff. Fam. ercisc.* vbi statuitur, quod si pater pro filio in vita ejus incepit aliquod munus suscipere, quod hoc post mortem patris perfici debet ex communibus bonis, ac si hoc patris æs alienum fuerit. Secundò adducitur in contrariam partem. *l. hæres socij. 40. ff. pro soc.* vbi traditur, quod hæres socij, quamvis socius non sit, tamen debet negotia per defunctum inchoata perficere & absolueré. Resp. Eatenus tenentur hæredes negotium à patre inceptum continuare & finire, quatenus ipse pater ad hoc erat de necessitate obligatus. Sed pater non tenebatur in vita sua ad hoc, ut ad finem & consummationem usque studiorum filio suo suppeditaret sumtus. Ergo nec hæredes patris ad hoc de jure obligati censentur, quia hæres debet ejusdem esse conditionis, cujus fuerat defunctus. *l. hæredem. ff. de R.I.* Hæc solutio confirmatur euidenter per *l. csi filium. 15. ff. de mun. & honor.* vbi traditur, quod si pater consensit in vitâ suâ filio in decurionatu consequendo, sumptusque ad hoc munus sustinendum filio suppeditauit, quamvis decurionatus sit initium ad alias dignitates. *l. honores. §. is qui. ff. de decur.* tamen hæredes & successores patris non tenentur ad onera sustinenda aliorum

aliorum munerum seu dignitatum, quæ filio post mortem patris injunguntur. Accedit pro confirmatione hujus sententiæ & hæc ratio, quod æquum est cum sustinere onera & incommoda, ad quem lucra & comoda perueniunt. At verò cum emolumenta & lucra studiorum ratione quasita, puta ex munere Doctrinæ vel aduocationis ipsius filij commodo cedant, neque ea fratribus suis communicare cogatur, æquum tiam est, ut ipse solus pro patrimonij sui portione sumtus studiorum sumineat. Secundò obstat. *l. vnic. C. de peric. succ. paren. lib. 10.* vbi onus dignitatis quasitæ per patrem transit ad heredes. Resp. Hoc idè dispositum est, quia viuo patre filius accipit honores. Hanc sententiam, quod sumtis post mortem patris ad perficiendum studium à filio impensi, pertineant ad onus ipsius filij, non verò cohæredum, tuctur & approbant *Bart. acerna veritatis ad l. 1. §. nec castrense. num. vlt. ff. de collat. Sibar. ad l. filia. C. amil. erisc. Sneider. ad §. quadam actiones. num. 54. Inst. de act. Vital. in tracta. de illat. quest. 37.* A quibus solus dissentit *Dynus ad l. Lucius. 21. §. 2. ff. ad l. unicip.*

ASSERTIO XXXV.

Habitationis facultas alicui donatione concessa, morte donatoris finitur.

PROBATVR hæc decisio manifestè in *l. Lucius. 32. ff. de donat.* vbi traditur, quod mortuo eo, qui gratuitam habitationem domus vel cœnaculi alicui concessit vel donauit, possint hæredes donatoris, donatarium à concessa habitatione prohibere. Quæ decisio adèd vera est, et etiamsi adjectum sit in donatione, vt donatarius quamdiu vellet domo vel hospitio uteretur, tamen nihilominus poterunt donatoris hæredes mortuo donatore eum prohibere: quia hæc clausula quamdiu vellet, eatenus accipienda est, quamdiu donatarius vellet viuo donatore, vel mortuo, quamdiu permittent hæredes donatoris.

Sed vehementer obstat dictæ *l. Lucius. l. Aquilius. 27. ff. de donat.* vbi expressè traditur, quod si donator, qui dedit alicui vel concessit gratis habitationem alicujus domus, mortuus sit, non possint hæredes ejus mortuo donatore donatarium habitatione prohibere. Resp. Illa lex loquitur & procedit in donatione remuneratoriâ, quæ largius & benignius interpretanda est, quam absoluta, mera, & simplex seu propria donatio. Itaque cum in *d. l. Aquilius*, discipulus donauit præceptori habitationem

Aa 3

remune-

remunerationis loco, quia cum doctrinâ suâ & eloquentiâ meliorem & doctiorem reddiderat, rectè deciditur hanc donationem transire etiam ad hæredes donatarij, neque posse hæredes donatoris prohibere, quominus donatarius quoad vixerit, donatione fruatur. Donatio inquam quam facit discipulus præceptori, non est simplex, sed remuneratoria donatio, quia doctrina nullâ mercede pecuniariâ æstimari potest, & ut inquit eleganter Plato, Deo, parentibus, & præceptoribus non potest reddi æquivalens. Quinimo Alexander Macedonum Rex dicebat se plus debere præceptori suo, quam patri, quia ab illo benè vivendi, ab hoc vivendi tantum principium & originem esset consecutus. Itaque donatio habitationis in aliquem collata, si pura propria & absoluta sit donatio, non transit ad hæredes donatoris. Donatio verò remuneratoria ad hæredes donatoris omninò transmittitur. Hæc enim remuneratio potius solutionis quam donationis loco censetur. *l. si pro patre. 10. §. si domini. ff. de in rem vers. imò permutationis vicem hæc donatio repræsentat. l. sed etsi lege. 25. §. consuluit. ff. de pet. hered.* Ideòque cum à merâ propriâ donatione longissimè distet, transit etiam ad hæredes donatoris. Eleganter Cujat. *lib. obs. 17. c. 33. & lib. 21. c. 37.*

ASSERTIO XXXVI.

Donatio non revocatur, etiam si donatarius inopi donatori non præstet alimenta.

QUÆRITVR, si donator in aliquem contulerit omnia sua bona, vel maximam partem bonorum, & deinde ad paupertatem perveniat, an debeat aliâ donatio, & si non alatur, an iustè reuocari possit donatio. Et quidem putat Accurs. in *l. ult. C. de reuoc. donat.* posse ob hoc reuocari donationem. Verior tamen & juri magis est consentanea contraria sententia, quod scilicet ob denegata donatori alimenta à donatario rescindi non possit donatio. Quæ opinio primò probatur per *l. ult. C. de reuoc. donat.* ubi sancitur ob quinque tantum causas ingratitudinis reuocari posse donationem, inter quas tamen non recensetur hæc causa denegatorum alimentorum. Deinde ex eo confirmatur hæc decisio, quod donatarius nulla obligatione adstringitur ad alendum donatorem. Obligatur quidem donatarius naturaliter ad remunerandum donatorem. *l. sed etsi. §. consuluit. ff. de petit. hered.* sed non obligatur ad alimenta illi vel vllam rem certam præstandam, deinde obligatur illi tantum naturaliter ad remu-

ad remunerandum, ex quâ obligatione nulla nascitur actio. *l. naturales. ff. de obligat. & act.*

Pro contraria sententia, quam tuctur *Baldus in d. l. ult. C. de reuocand. donat.* quod scilicet iusta causa reuocandæ donationis sit, si donatarius non præstat donatori alimenta, adfertur *l. decurionibus. ff. de decur.* vbi traditur, decurionibus lapsis facultatibus alimenta de publico decerni permissum esse, maxime si ob munificentiam in patriam patrimonium exhauferunt. Resp. Tribuitur hoc ius tantum decurionibus, seu Senatoribus Reipub. non iam quia bona sua donarunt patriæ, sed quia decuriones sunt, nam etsi nihil donarint patriæ, tamen illis ob inopiam à Repub. decernuntur alimenta. Adde quod non dicitur, decurionibus lapsis facultatibus alimenta decerni debere, sed permissum esse: quo verbo significatur, posse quidem ciuitatem alimenta decurionibus decernere, si velit, sed non necesse habeat, si nolit. Cui enim permittitur, vt possit aliquid facere, hic non necessario cogitur. *l. sapè cum l. seq. ff. de off. præs.*

Secundò opponitur hoc argumentum. Liberi debent inopes parentes alere. *l. si quis à liberis. ff. de agnos. lib.* Sed donator omnium bonorum patris loco est donatario. Ergò hic donatori tanquam egenti alimenta præstare debet. Resp. Per donationem nemo efficitur alicui patris loco, quia pater tantum vel naturâ efficitur per nuptias, vel iure ciuili per adoptionem. Sed extraneus donator, etiam per donationem omnium bonorum non efficitur loco patris.

Tertiò hoc modo argumentantur in contrarium. Reuocatur donatio ob injuriam non leuem à donatario illatam donatori. Sed non leuis est injuria, si donatarius locuples & fruens bonis donatoris, donatorem egenum alere recuset, ideo quod ad antidora ei est obligatus. *d. l. si de si lege. §. insuluit. ff. de pet. h. hered.* Ergo & ob denegata donatori alimenta iure potest donatio reuocari. Resp. Ob atroces tantum injurias illatas donatori, enumeratas in *l. ult. C. de reuocand. donat.* rescinditur donatio, inter quas non refertur ea, si donatarius locuples non præstet egeno donatori alimenta. Facit quidem contra officium viri boni, imò ingratus & inhumanus est donatarius, qui pauperem donatorem in præstandis alimentis operâ & auxilio non subleuat, sed tamen iure publico ad hæc præstanda non cogitur. Nam aduersus eos, qui beneficia acceperunt, nulla iure ciuili actio est prodita, ad quicquam ab ijs eo nomine exigendum, vt nec aduersus ingratos vlla est actio ingrati concessa. Pulchrè *Donel. lib. 14. com. c. 27.* Dissentit *Charus lib. 4. recept. senten. §. donatio quest. 2.* vbi notat communem esse opinionem, quod reuocari possit donatio prætextu ingratitudinis, si donatarius donatori non præstiterit alimenta. Idque ex ea ratione, quia cum

cum negans alimenta quodammodo videtur necare; sequitur, quod hæc legitima sit causa propter quam donatio prætextu ingratitudinis possit reuocari. per l. necare. ff. de liber. agnos. Et ita tenuit Gl. in d. l. ult. C. de reuoc. dona. in verb. voluerit.

ASSERTIO XXXVII.

Bonæ fidei possessor non tenetur ad restitutionem fructuum consumptorum, licet ex iis factus sit locupletior.

BONÆ fidei possessor fructus consumptos in iudiciis particularibus, ut in rei vindicatione restituere non cogitur, etiam si ex iis factus est locupletior. Quæ sententia apertis textibus comprobatur, scilicet per §. si quis à non domino. Instit. de rerum diuis. §. etsi hæreditas. Instit. de off. iud. l. 4. §. 2. ff. Fin. regund. l. quasitum. 40. ff. de acqu. rer. dom. Quæ leges vnanimi consensu docent, bonæ fidei possessorem lucrari fructus consumptos, pro culturâ & curâ. Stabilitur etiam hæc doctrina hac ratione, quia si bonæ fidei possessor eo casu teneretur fructus consumptos restituere, quo factus est locupletior, sequeretur istas leges, quæ affirmant eum fructus consumptos lucrari, tunc demum procedere, cum bonæ fidei possessor fructus inutiliter consumpsisset, quod sanè absurdum esset, cum nemo suum præsumatur jactare. l. cum de indebito 25. ff. de probat. Ideoque non est verisimile, leges ad eum casum respexisse, qui raro euenire solet.

Aduersatur huic assertioni. l. 1. C. de pet. hered. & l. item veniunt. 20. §. eas autem. l. sed etsi. §. consuluit. ff. cod. In quibus deciditur bonæ fidei possessionem in petitione hæreditatis, si ex fructibus consumptis locupletior effectus sit, eorum nomine conueniri posse. Resp. Hoc singulare est in iudiciis vniuersalibus, ut in petitione hæreditatis, & in actione familiæ eriscundæ, quod bonæ fidei possessor etiam fructus consumptos restituat, quatenus ex iis factus sit locupletior. d. §. consuluit. l. non est ambiguum. 9. C. Famil. erisc. Ratio est duplex; Prima quia fructus percepti augent hæreditatem tanquam jus vniuersale. l. item veniunt. 20. §. non solum. vers. fructus ff. de petit. hered. Secunda ratio est, quia fructus petuntur iure actionis, perinde atque ipsa corpora hæreditaria. d. vers. fructus. l. 1. & 2. C. de pet. hered. aliter atque in rei vindicatione, qua conuentus bonæ fidei possessor, non iure actionis, sed tantum officio iudicis fructus extantes restituere tenetur; Itaque in

ue in consumptis fructibus repetendis cessat omne remedium. *l. 4. §. si litem. ff. Fin. reg. Wesenb. ad d. §. si quis à domino.*

Secundò in contrarium adfertur argumentum ex æquitate. *l. si me & Titium. ff. de reb. cred. vbi dicitur, æquum esse, quod ex re mea ad te peruenit, id mihi restitui, item ex æquitate, quæ vetat neminem cum alterius amno locupletari. Resp. Æquitas tradita in d. l. si me & Titium. huc non pertinet, quia illa lex docet æquum esse, vt pecunia mea, quæ ad te peruenit, mihi reddatur, hic autem agitur de fructibus, quos bonæ fidei possessor lucratur pro cultura & cura. Deinde iusta causa est, cur bonæ fidei possessor lucretur fructus cum alterius iacturâ, quia loco domini penè est. bonæ fidei. 48. ff. de acqu. rer. dom.*

Tertiò repugnat *l. item verberatum. §. 1. ff. de rei vend. vbi dicitur possessor em præstaturum, si fructus perceptos distraxit. Resp. Illa l. accipienda est de possessore, qui pendente iudicio fructus distraxit. Idque ea ratione confirmatur, quia si bonæ fidei possessor ante litem contestatam rem & fructus distraxisset, non posset rei vindicatione conueniri, cum nec possideat, nec dolo possidere desierit. Hanc sententiam sequuntur & approbant *Fabim. lib. 1. contro. iur. c. 58. Faber. lib. 4. conject. cap. 17. Dissentiunt Bart. ad & ex diuerso. nu. 7. ff. de rei vend. Couar. lib. 1. variar. resolut. c. 3.**

ASSERTIO XXXVIII.

Traditionibus & usucapionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferuntur.

PRO regula juris traditum est, quod traditionibus & usucapionibus, non nudis pactis & contractibus dominia rerum transferantur. Quæ regula proponitur in *l. traditionibus. 20. C. de pact. l. quoties. 15. C. de rei vend. Traditionibus transfertur dominium à domino ex iusta causa factis, usucapionibus, si traditiones factæ sint à non domino. Traditionibus jure gentium, usucapionibus jure ciuili. Nudis autem pactis seu contractibus, iudaue conuentione dominium non mutatur. Exempli gratia. Etsi emptio iudo consensu perfecta est, tamen dominium non mutatur, nisi & res tradita sit, & pretium sit numeratum. §. vendita. Inst. de rerum diuis. Ratio hujus regulæ est, quia dominia rerum cœperunt à naturali possessione. *l. 1. ff. de acqu. poss. l. 1. ff. de acqu. rer. dom.* Ergò ad translationem domini opus est traditione, id est, datione possessionis.*

Opponitur primò huic regulæ *l. vlt. §. penult. & vlt. C. de S. S. Eccles. vbi tra-*

Bb

ditur,

ditur, quod si quid venditum, donatum vel promissum est Ecclesijs, & locis ad pauperum alimoniam destinatis, puta Xenodochijs, orphanotrophijs, & alijs similibus locis, quod statim solis pactis & contractibus sine ulla traditione transferatur in ea corpora dominium. Resp. Speciali & singulari jure hoc beneficium Ecclesijs & alijs pijs locis concessum est, ut statim in hæc corpora transferatur dominium, si quid ex emptione, donatione vel alio contractu sibi comparauerint, licet nondum illis res sit tradita. Vnde & pro his rebus venditis & donatis, licet non interuenit traditio, datur Ecclesijs & Xenodochijs non solum actio in personam, sed etiam in rem. Ergo dominium transfertur in hæc pia loca sine traditione, quia nulla datur in rem actio, nisi illis qui iure ciuili aut gentium dominium acquisierunt. *l. in rem. 23. ff. de rei vend.* Hoc ergo speciale privilegium conceditur in *d. l. ult. C. de sac. eccl.* ecclesijs & alijs pijs locis, puta Xenodochijs & orphanotrophijs, quod ipso iure dominium sine traditione in eos transferatur. Quod & in eadem *l. ad civitates* extenditur, ut & in rebus per hereditatem relictis, legatis venditis & donatis ciuitatibus, dominium in eas sine vlla traditione transferatur. *tex. in d. l. ult. in verb. nec non iuri ciuitatum.* Ecclesia enim fiscus & ciuitates plerumque paribus passibus ambulant, & iisdem privilegijs fruuntur. *l. R. publica. C. de ex qu. cau. maio. l. R. publica. C. de iur. reipub. lib. x1. Gl. elegans in l. quas actiones. C. de sac. eccl.*

Secundò opponitur, quod dominium legati transit recta via in legatarium sine vlla traditione defuncti, aut heredis, vel possessionis apprehensione. Sicut & eodem modo acquiritur donatio causa mortis donatario, ad exemplum legati. *l. a Titio. 64. ff. de furt. l. 2. ff. de Pub. in rem act.* Item aditione hereditatis heres fit dominus omnium rerum hereditariarum, licet nondum earum rerum possessionem sit nactus. *l. heres in omne. 37. ff. de acq. hered. l. cum heredes. 23. ff. de acq. poss.* Resp. Prædicta regula intelligenda est de actibus & contractibus inter viuos celebratis, in his non transfertur dominium absque traditione. Quod ex eo satis constat, quia cum dicatur dominia non transferri nudis pactis, apparet de actibus inter viuos sensisse Imperatores. Itaque quoties agitur de dominio inter viuos transferendo, hoc non aliter fit, quam traditionibus & usucapionibus; atqui ex vltimis morientium voluntatibus, ut puta testamentis & successionibus ab intestato, transferuntur dominia etiam absque traditione, videlicet per aditionem hereditatis, & legati agnitionem.

Tertiò opponitur, quod ex pacto legis commissoriæ, quo paciscitur venditor, ut nisi intra certum tempus pretium solvatur, fundus sit inemptus, detur venditori existente conditione rei vendicatio, licet nondum sit ei traditio facta. *l. 4. C. de pact. int. emp. & vend.* Idem obtinet in pacto ad-

ditionis

ditionis in diem, quo conuenit, vt si alius meliorem conditionem offerat intra certum tempus, fundus sit inemptus. *l. si quis hac. 41. ff. de rei vend.* Resp. In his conuentionibus non nouum dominium acquiritur, sed vetus quod ante habuerat dominus, retineri fingitur. Nam ea conditione res erat tracta ab initio, vt statim rediret ad dominum, conditione existente, seu vt res esset inempta.

ASSERTIO XXXIX.

Ministri Ecclesiarum bona propria habere & possidere possunt.

MINISTRI ecclesiæ possunt etiam proprias facultates possidere, quia Euangelium approbat etiam politicas ordinationes, quæ omnibus concedunt propria bona. Item cum Christus dicit, Dignus est operarius mercede sua, tribuit eis proprietatem bonorum, quia merces est cuiusque propria. Vnde & ex Hieronymo citatur *c. 16. q. 1.* vbi dicitur, quod Apostolicis viris & Euangelizatoribus Christi in necessarijs vsibus tolle tribuere, seipsum condemnare est.

Sed opponitur locus *Luce 9. vers. 3.* Non licet vobis possidere argentum neque zonis. Resp. Hoc dictum non tollit vsus aut proprietatem rerum, neque vetat ministros proprias facultates tenere, sed prohibet principaliter in ministerio quæri aut spectari priuata commoda, hoc est, vetat ministerium ad quarendas opes, aut potentiam comparandam suscipere, vetat ministerium deferri propter inopiam. *P. Melanth. in Ethicis.* Licet ergo ministris & pastoribus ecclesiarum proprias opes & facultates possidere, nam & ipse Christus habuit proprios oculos, ex quibus suis & suorum necessitatibus, & aliis indigentibus prouidebat, *Luce 8. v. 23.* sed ita voluit Deus facultates & bona propria possideri etiam à ministris ecclesiæ, dummodò propter ea principaliter non seruiatur Deo, neque propter inopiæ timorem iustitia deferatur. *c. habebat. 12. quest. 1.* Qui enim Deum non propter Deum quærunt, sed propter temporalia commoda sequuntur, mercenarii sunt, non autem pastores. *c. sunt in ecclesia. 8. q. 1.*

Secundò obstat locus *Actor. 4. vers. 32.* vbi dicitur. Multitudinis eorum qui credebant, erat cor vnum & anima vna, nec quisquam aliquid eorum suum habebat, suum esse dicebat, sed erant eis omnia communia. Concorlat. *c. dilectissimis. & c. duo sunt. 12. q. 1.* vbi traditur quod clerici victu & habitu contenti, nullam inter se proprietatem habentes, debent habere

Bb 2

omnia

omnia communia. Resp. Hoc institutum de communione bonorum in-
eunda, & retinenda eos demum obstringebat, qui vltro propriis divitiis
& facultatibus renuntiaverant; quo casu cum vltro semel se adstrinxe-
rant ad communionem bonorum, neque quid proprium possidere decre-
uerant, huic voto & promissioni servandæ seriò obligabantur, alioqui
extra illam obligationem licet unicuique etiam ministro ecclesiæ, pro-
prias facultates legitimè possidere. Adde quod eo loco Lucas Evangelista
vniuersis non præscribit legem, quam necesse habeant sequi, dum recitat
quid egerint illi in quibus singularis quædam spiritus sancti efficacia se
exeruit, nec sine exceptione de omnibus loquitur. Proindè ex eo loco
non potest colligi inter omnes Christianos debere vniuersalem omnium
bonorum communionem constitui, eò quod quidam tantum peculiari-
ter in primitiua ecclesiâ bona sua vendebant, & in commune posside-
bant. Verum licet ex ministerio Euangelij vitæ necessaria accipere de-
beant ministri, tamen non debet hic præcipuus esse scopus ministrorum,
vt acquirant opes & diuitias ex prædicatione Euangelij, sed debent esse
contenti necessarijs vitæ alimentis, iuxta illud Hieronymi. Quicquid
præter necessarium victum, ac simplicem amictum retines de altari, tuum
non est, rapina est, Sacrilegium est. Item, Clerici qui bonis parentum su-
stentari possunt, si quod pauperum est, accipiunt, Sacrilegium commit-
tunt, & per abusum eiusmodi, iudicium sibi manducant & bibunt. Ita re-
fertur in c. clericos. 1. & 2. quest.

ASSERTIO XL.

*Alvei mutatio transfert dominium, sed sola inundatio
dominium agri non mutat.*

SI flumen agrum alicuius ita occupauerit, vt ex eo fecerit alveum,
prior dominus amittit fundi sui dominium, & ager ille à flumine in
alvei formam redactus, incipit eiusdem iuris esse, cuius est flumen, id
est publicus. §. quod si naturali. Inst. de rer. divis. Ideò autem alvei mutatio, hoc
est cum flumen ex agro alicujus facit alveum, aufert & mutat dominium,
quia non potest amplius dici idem ager, eò quod mutatur prioris agri
forma. Ideòque si flumen hunc alveum, quem fecerat occupatione agri
alicuius priuati, iterum deserat, & redeat ad priorem alveum, ager qui ab
alveo occupatus erat, non redit ad priorem dominum, sed eorum incipit
esse, qui propè ripam eius prædia possident. d. §. quod si naturali.

Sed

Sed huic §. grauitur refragatur Cajus in l. adeo 7. §. quod si toto. ff. de acq. rer. m. vbi tradit, si agro alicujus occupato flumen postea redeat ad priorem alueum, & derelinquat agrum occupatum, tunc stricto jure non redit quidem ager ad priorem dominum, quia ager ejus esse desuit amissa forma, sed tamen IC. ait, vix esse vt id obtineat. Ergo vult IC. quod per huius mutationem non amittatur prorsus agri dominium, sed quod alueo lumine derelicto, redeat ager à flumine ante occupatus ad priorem dominum. Resp. Cajus ex benigna aequitate, contra scrupulosam juris subtilitatem id statuentis, propter priuationem prioris formæ, id receptum citat. Quæ benignitas neglecto subtili jure seruanda est, & retinenda, & dicto juri præferenda, vt ita domino priori ager suus à flumine occupatus iterum restituatur. Si flumen enim non totum ejus agrum, sed partem aliquam occupasset, propter vicinitatem alueus ad eundem dominum rediret. Ita eleganter tradit Baro ad §. insula Inst. de rer. diuis.

Alia est causa inundationis, si ager alicujus totus inundatus sit, quia illa inundatio, sicut alvei mutatio non mutat speciem fundi. Inundatio cum sola non mutat formam agri, sed alvei immutatio, dum flumen exuat fundum, atque in aliam formam redigit. Et ob id si flumen ab agro, quem inundauerat, recesserit, fundus ejus manet, cujus & fuerat ante. §. si sanè. 24. Inst. de rer. diuis. l. 7. §. aliud. ff. de acq. rer. dom. l. cum vsu fructum. 24. quib. mod. vsu fruct. amitt.

Sed obiicitur huic decisioni l. quid tamen 10. §. agri. & l. si ager. 23. ff. quib. d. vsu fr. amit. vbi in inundatione maris & fluminis vsu fructus & proprietatem agri inundati amitti dicuntur. Resp. Quando inundatio longo tempore durauit, & flumen tam diu occupauit agrum, vt formam eius mutauerit, vel alucum ex agro fecerit, aut agrum in stagnum vel paludem transformauerit, tunc dominium & vsu fructus agri extinguitur. At verò si flumen impetu aliquo agrum occupauit, & mox repentino refluxu iterum recedat, tunc proprietatem & vsu fructus agri ejus manet, cuius fuit & ante. l. cursu in d. l. si ager.

Secundò videtur ob stare l. 3. §. Labeo. & l. qui vniuersas. 34. item quod mari. ff. de acq. poss. l. cum unus. 12. §. fin. ff. de reb. anct. iud. poss. vbi traditur, quod per inundationem maris vel fluminis possessio agri amittitur. Resp. Amittitur quidem possessio agri per inundationem, dominium tamen non mutatur, quia possessio cum proprietate nihil habet commune. l. naturaliter. §. nihil commune. ff. de acq. poss. Quod tamen ita intelligendum est, vt ita de inundatione amittatur possessio agri, si magna & diuturna sit inundatio, vt ager omninò non videatur nec coli possit. Castrensis ad d. §. Labeo. Ex quo sequitur, quod si fundus à flumine occupatus sit, quem alius cœperat possidere

possidere & vſucapere, quod per hanc inundationem vſucapio cœpta interrumpatur: quia ſine poſſeſſione eaque continua non procedit vſucapio, at verò per inundationem interrupta eſt poſſeſſio *d. l. ſi ager. ff. quib. mod. vſuſfr. amitt.*

ASSERTIO XLI.

Vſucapio eſt adiectionis domini per continuationem poſſeſſionis temporis à lege definiti.

HÆc definitio eſt Modeſtini tradita *in l. 3. ff. de vſucap.*

Sed obijcitur hoc argumentum. Si per vſucapionem dominium adipiſcimur, dominium ex pluribus cauſis continget. Etenim ex plurimis cauſis vſucapimus, quia ex plurimis cauſis poſſidemus. At dominium nobis ex vna cauſa tantum contingere poteſt, non ex pluribus. *l. 3. §. ex pluribus. ff. de acq. poſſ.* Ergò dominium vſucapione non acquiritur. Reſp. Faliſum eſt, quod dicitur, ex pluribus cauſis nos vſucapere, licet ex pluribus cauſis poſſideamus. Vt puta ſi rem eni à Titio, & poſtea Titio hæres ex iſtam, eandem rem ex pluribus cauſis poſſideo, pro emptore, & pro hærede, ſed tamen idè ex pluribus cauſis non vſucapio, quia quod meum eſt, amplius meum fieri non poteſt. *§. ſic itaq. Inſt. de actio.* Vſucapionis cauſa proxima eſt poſſeſſio. Titulus eſt cauſa poſſeſſionis. Itaque plures cauſas & titulos poſſeſſionis habere poſſumus. Idque plurimum prodeſt, magnumque habet effectum, quia ſi ex vno titulo poſſeſſionem non probemus, ex altero probare poſſumus. Vſucapionis non niſi vnica & proxima eſt cauſa, ſcilicet poſſeſſio, vniciuſque tantum titulus eſt domini.

Secundò opponitur hoc argumentum. Definitio continere debet omnia ſubſtantialia rei definitæ. Sed hæc definitio ea non continet. Ergò eſt vitioſa. Nam ad vſucapionem neceſſarius eſt titulus, & bona fides *Inſt. de vſucap. in princ. l. nullo 24. C. de rei ven. l.* & tamen eorum non fit mentio in definitione vſucapionis. Reſp. Non eſt neceſſe, vt omnia ſubſtantialia membra rei definitæ expreſſè comprehendantur definitione, ſed ſatis eſt, ſi ea tacitè ſubintelligantur. Ad vſucapionem requiritur quidem titulus & bona fides, ſed ea tacitè ſub definitione comprehenduntur. Cum enim dicitur in definitione, vſucapionem eſſe adiectionem domini, per continuationem poſſeſſionis, intelligimus huiusmodi poſſeſſionem, quæ iuſta eſt & legitima, hoc eſt, quæ iuſto titulo & bona fide fundata eſt, & munita.

ASSER-

ASSERTIO XLII.

Ad vsucapionem perficiendam titulus est necessarius.

HÆc enunciatio comprobatur apertis textibus. Primò in l. vnica. C. de vsucap. transfor. in verb. vt in omnibus iusto titulo possessoris cœpta de-
tentia non interrumpatur ex posteriore alienæ rei scientia. Secundò
in l. ult. C. de præscript. long. temp. in verb. bono initio possessionem tenen-
de. Deinde hoc confirmatur hac evidenti ratione, quod ad complendam
vsucapionem requiritur iusta possessio. l. 3. ff. de vsucap. Atqui nulla possessio
ita censetur abique titulo. Titulus enim nihil aliud est, quam causa pos-
sidenti, iustificandæque possessionis, hoc est, qua defenditur cuiusque
possessio ab impugnatione alterius. Dicitur enim titulus à tuendo, quod
statum authoris sui defendat ac tueatur. Denique idem comprobatur in
l. 24. C. de rei vend. & l. diuturna. 4. C. de præsc. long. temp. vbi statuitur, quod
sine iusto titulo vsucapio vel præscriptio longi temporis non procedit.

Opponitur primò, *l. quod vulgo 11. ff. pro emptore.* vbi error falsæ causæ, siue
titulus putatiuus ad vsucapionem prodest, puta, si quis putet se emis-
se, cum reuera non emerit. Resp. Non quilibet error seu opinio tituli sufficit
ad vsucapionem, sed tunc demum putatiuus titulus ad vsucapionem pro-
dest, si procedat ex iusto & probabili errore, qui scilicet procedit ex fa-
cto alieno. l. ult. ff. Pro suo. Iusta & magna causa erroris debet subesse in
titulo putatiuo, vt puta in exemplo allegato in d. l. quod vulgo si seruo aut
procuratori meo mandauero, vt rem mihi emeret, & ille profectus ad rem
emendam, & reuersus eam attulerit, & persuasit mihi se emis-
se, qui tamen reuera non emit, atque ita mihi tradiderit. Nam hic error est probabilis,
quia non solum ex traditione, sed etiam ex mandato serui, aut procura-
toris ducitur, & sic ex facto alieno, qui error iustus est & tolerabilis. d. l.
ff. Pro suo. Error verò, qui ex proprio facto procedit, quia iniustus & im-
probabilis est, ad vsucapionem nunquam prodest. l. Celsus. 27. ff. de vsucap. l.
tanquam. 7. ff. Ad SC. Fell.

Secundò obstat l. 2. C. de præscript. 30. anno, vbi dicitur ab iis possidendi
non requiri iustum initium, qui sibi possident. Resp. Illa l. agit. de præscri-
ptione. 30. annorum, in qua præscriptione initium iustum, id est titulus & bo-
na fides iure civili non requiritur. per l. si liberam. 10. C. Quod cum eo qui alie-
ni. Ita decidit Cuiac. in paratit. C. ad tit. de vsucap. transfor. in fin.

Tertiò opponitur l. cogi. C. de pet. hered. vbi traditur, quod nemo cogitur
plendere titulum suæ possessionis. Resp. Ad præparationem iudicii reus
titulum

titulum seu causam possessionis suæ dicere cogitur, sed ad commodum suum & victoriam obtinendam, defendendamque possessionem tenetur possessor titulum allegare & probare. *Castrenf. in d.l. cogi.*

ASSERTIO XLIII.

*Contra ciuitatem non currit nisi centum annorum præscriptio,
in rebus hæreditariis, item legato, donatione, &
venditione ciuitati acquisitis.*

DONATVM est hoc priuilegium specialiter ciuitatibus, vt in rebus illis hæreditario iure relictis, item in rebus illis venditis, legatis, & donatis habeant tantum centum annorum præscriptionem, ita vt quoties ciuitatibus hæreditas, vel legatum, vel fideicommissum fuerit relictum, siue donatio vel venditio processerit, sit eorum penè perpetua vindicatio, & ad centum annos extendatur. Hæc decisio hisce expressis verbis tradita extat in *l. vlt. C. de sacrosanct. eccles.* Hoc ergò speciale priuilegium concessum est ciuitatibus, in his quæ ciuitatibus priuato iure ex prædictis causis debentur, vt scilicet aduersus ea debita sola valeat præscriptio centum annorum. Porro idem priuilegium præscriptionis centenariæ conceditur in *e. dem l. vlt.* etiam ecclesiis, item iis quæ pijs locis, pauperum vsibus, & captiuorum redemptioni sunt relictæ.

Sed obijcitur *Nou. III. de temp. action. que sac. loc. comp. item Nou. 131. de eccles. titul. §. pro temporalibus.* vbi abrogata est præscriptio centenaria in rebus Ecclesijs, & alijs pijs locis relictis, ac constitutum est, vt remoueantur XL. annorum præscriptione, postquam illis actio aduersus aliquem est nata. Ergò videtur etiam præscriptio centenaria, antea ciuitatibus data, esse abrogata. Resp. In rebus & actionibus ciuitatis nihil immutatum legimus. Proinde incumbit ciuitati saluum jus agendi per totos centum annos, in rebus ciuitatis omnibus, pro vt hoc jus illi primum datum est. *d. l. vlt. C. de sac. Eccles.* Hæc enim regula perpetuò in iure tenenda est, quæ traditur in *l. precipimus. C. de appell. ut.* Quicquid lege posteriore priores innouante specialiter non est correctum, id veterum constitutionum regulis relictum intelligitur.

Secundò obijcitur tale argumentum. Non debet esse maior fauor ciuitatis quam Ecclesiæ, sed par, aut etiam Ecclesiæ major. Atqui cum in ijs casibus, in quibus eadem ratio militat, idem ius statuendum sit. *l. illud. ff. Ad l. Aquil.* sequitur etiam, vt sicut præscriptio centenaria in Ecclesijs abrogata sit,

, & ad quadragenariam reducta, idem in ciuitate obtinere debeat. Resp. In casu omisso idem ius statui debet, nisi constet in eodem casu differentium ius prioribus legibus statutum esse. Efficitur enim, nisi id specialiter emendatum sit, id veteribus legibus relinqui oportere. Hanc sententiam amplectitur Bart. in *Auth. quas actiones. C. de sacr. eccles.* Approbat Alcius lib. 2. de verb. signif. num. 36. Donel. lib. 5. com. c. ult. In hanc sententiam videtur etiam inclinare Fachin. lib. 8. condeo. iur. c. 37. Idem sentit. Cuiat. lib. obs. p. 5.

A S S E R T I O XLIV.

Res inter alios iudicata, aliis nec prodest, nec nocet.

QUOTIES sententia inter alios prolata est, aliis qui non litigarunt, nec prodesse nec nocere potest. l. 1. ff. de except. rei iud. l. sepè. ff. de rei iud. tot. tit. C. Res inter alios actas, vel iud. al. non nocere. toto tit. C. Quib. res iud. noc.

Opponitur primò huic assertioni l. posthumus. 6. §. 1. ff. de inoff. test. ubi dicitur, quod si ij egerunt querela inofficiosi, qui ad successionem ab intestato non admittebantur, & casu vicerint, nemine eos repellente, victoria ipsis non prodest, sed aliis succedentibus ab intestato. Resp. Querela inofficiosi id efficit, vt testamentum à iudice rescindatur, quo scisso, hæredes proximi ab intestato succedunt, non vigore sententiæ, sed ex dispositione legis, quâ cauetur, quod ubi testamentum irritum, primum vel iniustum pronuntiatum est, quod tunc successionem ab intestato locus sit.

Secundò aduersatur l. Papinianus. 8. §. penult. ff. de inoff. test. & l. 3. in princ. de pign. ubi statuitur, quod si in querela inofficiosi testamenti pro hæredem legitimo contra hæredem scriptum pronuntiatum sit, quod hæc sententia noceat legatis & libertatibus, ita vt legatarii non possint sua legata ex eo testamento consequi. Resp. Hoc idè receptum est, quia si testamentum corrumpitur, vt pote quia irritum aut inofficiosum pronuntiatum est, vel quia nemo hæres ex eo testamento hæreditatem adiit, tunc nihil ex eo testamento debetur, nec libertates, nec legata. d. §. penult. Sed huic solutioni iterum refragatur. l. 1. ff. de except. rei iud. ubi contra testamentum fuerat iudicatum, & nihilominus legata & libertates rectè peti possunt. Resp. Sub distinctione. Aut is egit & obtinuit contra testamentum, cuius potissimum interest, vt puta hæres ab intestato egit querela inofficiosi, & testamentum irritum & inofficiosum declaratum est,

C c

hæc

hæc sententia nocet legatarijs. d. l. Papinianus. §. penult. Aut egit is cuius principaliter non interest, puta legatarius, & superatus fuit, & tunc sententia ejus alijs legatariis non nocet. l. 1. ff. de except. rei iud. Ratio est, quia testamentum non pendet à legatis, proinde contra vnum legatarium lata sententia, neque hæredi scripto, neque alijs legatariis nocet. Contra quia institutio hæredis est caput, & fundamentum totius testamenti, & ab eo pendent omnia, quæ in testamento disposita sunt, sequitur, vt si hæres scriptus egit petitione hæreditatis super hæreditate sibi testamento relicta, & superatus est, quod sententia, hæc reliquis etiam ex testamento agentibus, puta legatariis noceat. Ita d. l. Papianus. §. penult. ff. de inoff. test. cum. l. 1. ff. de except. rei iud. conciliat. Castrens. ad l. 2. C. de fide instr. Cuiat. lib. Obs. 2. c. 7. Pac. cent. 3. antin. quest. 32.

ASSERTIO XLV.

*Iudex certæ rei vel pecuniæ sententiam ferre debet,
etiam si de incertâ quantitate
sit actum.*

AD iudicis officium pertinet, vt certæ rei vel quantitatis sententiam ferat, licet de litis æstimatione, aut alioqui de incertâ quantitate, vel re apud eum sit actum. tex. est expressus in §. curare. Instit. de action. l. vnic. C. de sent. quæ pro eo quod interest &c. Hinc iudex frustra & inutiliter ita pronuntiat; omnem debiti quantitatem cum vlsuris competentibus solve, vel hoc modo. Quæ bona fide accepisti, solve, nisi forte aliquâ parte actorum certa quantitas sit comprehensa. l. penult. & ult. C. de sent. quæ sine cert. quant. l. in sententijs 59. ff. de rei iud.

Verum huic decisioni primò aduersatur. l. si iactum. 12. ff. de act. empt. vbi Celsus respondit, si iactum retis quis emit, & piscator rete iactare noluit, incertum eius rei æstimandum. Ibi deciditur, quod quando venditor capturæ seu iactus retis, non vult iactare rete, tunc iudicem debere incertum iactus seu capturæ retis æstimare. At quomodo potest iudex id æstimare, quod non extat in rerum natura? cum non entis nullæ sint qualitates, nulla accidentia, nullæ demonstrationes. Resp. Ex sententia Accursii, quod iudex æstimabit, quantum verisimiliter capi potuit, quod colligitur ex consuetudine piscatorum, qui ibi consueverunt piscari. Sed iterum cum d. l. si iactum. grauiter pugnat l. quent. ad modum. 29. §. item Labeo. ff. Ad l. Aquil. vbi deciditur, si culpâ nautarum retia alicuius piscatoris rupta sint, teneantur

teneri quidem nautas ad damnum retium, sed tamen piscium qui ideò capti non sunt, non fieri æstimationem, cum incertum fuerit, an caperentur. Resp. Ideò in actione legis Aquiliæ non habetur ratio incertæ capturæ piscium, quia in lege Aquilia tantum habetur ratio damni præteriti, non verò futuri. At in emptione jactus retis contrahentes senserunt de futura captura. Ergo hoc casu meritò initur æstimatio piscium, qui verisimiliter possunt capi. Ita respondent *Accurs. & Bart. in d.l. si jactum.*

Secundò in contrarium ita quis potest argumentari. Sententia debet esse conformis libello. *l. vt fundus. ff. Commun. diuid. l. vlt. C. de fideicom. liberr.* At si ex incerta petitione vel incerto libello certa debeat ferri sententia, iam sequetur, quod sententia iudicis non sit conformis libello. Resp. Propter certitudinem sententiæ dici non potest, quod sententia non sit conformis libello: nam certum & incertum sunt qualitates, quæ non faciunt difformitatem inter libellum & sententiam. Hinc eleganter notat *Baldus in l. 1. C. Si plur. vna senten. &c.* quem sequitur *Præf. Euerhardi in loco à libello ad sententiam. num. 2.* quod sufficit, si sententia conformis sit libello in re petita, causa, & actione. In re petita, vt puta quod iudex de alia re non pronuntiat, quam quæ in libello est petita. In causa petendi, quod iudex aliam causam non proferat, in sententia, quam ea, quæ ab actore in libello est proposita. Vnde si actor petat ex causa depositi, iudex non poterit pronuntiare ex causâ mutui. Denique iudex sequetur naturam actionis, quam actor instituit, vt secundum eam reum condemnet vel absoluat. Ita eleganter tradit *Zazius ad §. curare. num. 16. & 17. Inst. de action.*

ASSERTIO XLVI.

Confessus in iudicio pro iudicato habetur.

TRADITVR hoc axioma, & pro regula proponitur. *in l. 1. ff. de confess. l. vnic. C. eod. l. proinde. 25. §. vlt. ff. Ad l. Aquil. l. post rem. 56. ff. de re. iud.* vbi hæc enunciatio expressis verbis refertur, quod scilicet confessi in iure pro iudicatis habentur, addita hac ratione, quia se ipsos quasi proprio ore condemnauerunt.

Sed obstat *tit. C. Ne quis in suâ causa iud.* vbi statuitur, quod nemo potest in propria causa iudicare, & sic nec sese damnare. Resp. Quod confessus improprie dicatur condemnatus, sed quod perinde habeatur, ac si esset condemnatus. Sic in *l. vlt. C. de fideicom.* statuitur hæredis iuramento, quia ipse sibi quodammodo iudex est, & testis.

C c 2

Secundò

Secundò vehementer aduersatur huic decisione. *l. Iulianus, & l. sequ. & l. qui Stichum. ff. de confess.* vbi habetur, quod requiratur sententia etiam post confessionem, itaque in iis legibus confessus non habetur pro iudicato, alioqui non requireretur sententia iudicis. Resp. Sic distinguendum est cum *Bart. Castrens. & Zazio ad d. l. 1. ff. de confess.* Aut reus confessus est coram iudice ante litem contestatam, & habetur pro condemnato, nec opus est, alia sententia, sed huiusmodi confessiones habent paratam executionem, & debitori confesso tantum sit præceptum à iudice, vt soluat debitum, quod confessus est se debere. *l. certum. 6. § vlt. ff. de confess. l. si debitori. 21. ff. de iudic.* Aut debitor confessus est post litem contestatam, & tunc non habetur pro condemnato, sed adhuc sententia ferenda est, & ita procedunt. *d. l. Iulianus & l. seq. ff. de confess.* Rationem diuersitatis esse tradunt DD. quod qui ante litem contestatam confitetur, videtur hoc facere cauendo iudicii, qui autem post litem contestatam confitetur, videtur litem ingredi, & fundare iudicium, quod vtrique sententia finiendum erit. *Bart. & Zas. ad d. l. 1. ff. de confess. Costal. ad d. l. proinde.*

Tertiò opponitur *l. si confessus. ff. de custod. & exhib. reo.* Vbi statuitur, quod si reus confessus est de crimine, adhuc contra eum ferendæ est sententia. Resp. Lex illa loquitur de criminalibus causis, in quibus post confessionem etiam sententia opus est, neque confessio executioni mandabitur, nisi sententia subsequatur. *l. 2. C. Quot. app. non recip.* In ciuilibus autem causis sententia non opus est contra confessum. Planè illud quoque notandum, quod confessus ex sola confessione infamiam quoque non contrahat. *l. si reus. 73. ff. de procurat.* nam ad infamiam irrogandam sententia & condemnatio subsequi debet. *l. 1. & l. furti. 6. ff. de bis qui not. infam.* Sed prædictis adhuc obstare videtur *d. l. proinde. § vlt. ff. Ad l. Aquil.* vbi dicitur, nullas esse partes iudicis in confitentes. Resp. Hoc sic explicandum est, vt reuera non possit iudex in ferenda sententia contra confessionem statuere, sed necessariò secundum confessionem iudicabit & æstimabit: sententia igitur opus est. *Costal. ad d. l. proinde. § vlt. ff. Ad l. Aquil.*

ASSER-

ASSERTIO XLVII.

*interdictio vti possidetis, cum ambo æqualem possessionem vel
titulum probant, cumque pares sunt vtriusque probationes,
iudex vel neutri possessionem adiudicabit, vtrum-
que ab eâ exire iubendo; vel singulis di-
midiam partem possessionis
assignabit.*

ARDVA & grauitè in varias partes inter DD. agitata est quæstio, quæ forma sit obseruandæ ferendæ sententiæ in interdicto vti possidetis, quando vterque litigantium profert pares probationes, puta vterque æqualibus testibus vel probationibus suam possessionem comprobat, vel ambo æqualiter titulo suam possessionem munitam ostendunt, vel æquè antiquam possessionem demonstrant. In hoc articulo post varios opinionum conflictus, hæc videtur sanior sententia, quod tutius est, vt neutri possessionem adiudicet, & ab eâ vtrumque exire jubeat; vel, quod factâ diuisione, partem vnâ possessionis vni, alterâ alteri assignet. Probatur prior sententia per *l. si fuerit legatum. 10. ff. de R. b. dub.* vbi deciditur, quod in casibus maximè dubiis, quando de proprietate rei agitur, ita geri consuevit. Pro altera sententia facit hæc ratio, quod iudicis est controuersias & rixas sedare, & componere, quod vbi alia ratione præstare non poterit, diuisione factâ, partem vni, & partem alteri assignabit. Quemadmodum fecisse Tiberium Cæsarem scriptum est in *l. & hæc Tiberius. 41. ff. de hered. inst.* Hanc sententiam probant Bart. in *l. si duo. num. 5. ff. vti possid.* et in *l. Titia textores. per illum textum. ff. de leg. 1. Menoch. remed. 3. ret. poss. q. 87. m. 770. & 776.*

Contra hanc sententiam alii statuunt, iudicem debere ita pronunciare, *vti possidetis, ita possideatis*, vt ita neuter vincat, nec vincatur. per *l. si duo. in fine. ff. vti possid.* Sed hæc sententia meritò reprobatur ex eo, quia sic sententia pronunciaretur incerta, quæ ipso iure nulla est & inutilis *l. ult. C. de iur. qua fin. tert. qu. §. curare. Inst. de act.* Rursus ex ea sententia daretur occasio partibus contendentibus veniendi ad arma, quod iudex ferre non debet *l. si usus. 13. §. si inter. ff. de usufruct.* Nec obstat *d. l. si duo.* quia loquitur (vt Bart. interpretatur) cum iudex pronunciat vtrumque possidere vtriusque possidendi specie, vt quia vnus possidet vt usufructuarius, alter vt

propriarius; Thesis verò nostra accipi debet cum ambo probant, se in solidum possidere, eadem specie possessionis, quod iure impossibile est; ideòque iudex non potest hoc modo pronunciare, quoniam sententia impossibilitatem contineret, vel saltem aliquid inconueniens produceret.

Secundò alii statuunt, iudicem debere curare sequestrari possessionem apud alium, ne contententes ad arma veniant *arg. d.l. si cuius §. si iure*. Hanc opinionem sequitur Butrigar. Verum ab ea sententia discedit. *Bart. in d.l. si duo*, eà ratione, quod incognitum adhuc erit, qui possideat, quis non, atque ita ignorabitur, quis in iudicio petitorio actoris partes, & quis rei conuenti sustinere debeat.

Tertiò, Alii sentiunt quod sorte hæc quæstio dirimenda sit, per *l. in tribus ff. de iud. l. ult. in princ. C. Com. de leg.* Verum & hæc opinio rectè reprobatur. Nec iuvatur per *d.l. in tribus. & d.l. ult.* quia hæc quæstio facti est, non iuris, at quæstiones facti sorte non terminantur. *l. duo sunt Titij ff. de test. tur.* sed iuris quæstio sorte dirimi poterit, de quâ dictæ leges sunt accipiendæ. Latius de hac quæstione vide *Mench. rem. 3. ret. poss. q. 87.* vbi octo profert D D. opiniones in hac propositione, quid iudex pronunciare debeat in interdicto vti possidetis, cum vterque litigantium se æqualiter possidere probat. Adde *Fachin. lib. 8. contr. iur. c. 18. Donel. ad l. vnic. nu. 18. 19. & seqq. C. Vti possid.*

ASSERTIO XLVIII.

*Omnia interdicta de possessione vel quasi
obtinendâ competunt.*

INTERDICTA nihil aliud sunt, quam actiones, quibus de possessione vel quasi asserenda agitur, siue eam nunc primum adipisci, siue adepti retinere, siue ademptam & omissam recuperare velimus. *Inst. de interd. in princ.* Hæc interdicta tantum de possessione vel quasi obtinendâ competunt, & controuersia omnes de possessionibus hisce interdictis expediuntur & finiuntur. *l. 3. C. de interd. l. ordinarij. 13. C. de rei vendic.*

Sed obiicitur huic decisioni, quod & pro rebus sacris, religiosis, publicis, & libero homine varia competant interdicta, & tamen hæc res nō sunt in hominum commerciis, nec possideri possunt. *l. qui vniuersas. 30. §. 1. ff. de acq. poss.* De hisce rebus hæc interdicta prodita extant. Ne quid in loco sacro fiat. Ne quid in loco publico vel itinere fiat. De libero homine exhibendo,

endo, item interdictum de mortuo inferendo. Resp. Hæc interdicta ro quasi possessione obtinenda competunt: in hisce enim interdictis vsus quasi possessio nominatur, de quo sic agitur, vt vel nobis, vel his ipsis reus suam quodammodo asseramus possessionem, eamque ab aliorum in isto facto velut vindicemus. Sic locis religiosis puta sepulchrum, vel is inferendi matuum in sepulchrum, non est in viro dominio, propter religionem, sed tamen sepulchri quod est in fundo nostro sicut quasi possessionem ita & quasi dominium habemus. *l. sunt persona. 43. ff. de relig. & mp. fun.*

Secundò opponitur *l. 2. §. quadam. ff. de interd.* vbi dicitur. Quædam interdicta continere causam proprietatis, veluti de itinere actuque priuato faciendo. Qui enim hoc interdicto vitur, duas res docere debet, & se sum seruitute hoc anno, & sibi seruitutem competere, quod ad proprietatis causam pertinet. *l. 3. §. hoc autem. 10. ff. de itin. act. priuat.* Resp. Quod dicitur quædam interdicta causam proprietatis continere, non ideo dicitur, quod non sunt de possessione, & vsu rei tuendo, sed cum sint de his rebus principaliter, per consequentiam adjunctam habent causam proprietatis, uia vincit is in hoc vsu, qui jus de cuius vsu agitur, ad se pertinere ostendit. *d. l. 3. §. aut Prator. & §. hoc autem. iuncta l. apparet. §. pen. ff. de itin. act. priuat.* *ulchrè Cuiat. in aureis suis. Paratit. C. tit. de interdict. & lib. 5. Obser. c. 19.*

ASSERTIO XLIX.

*Pæna constitutionis l. Si quis in tantam. C. Unde vi.
etiam tenentur fœminæ, minores, rustici.*

CONTRA eos qui possessionem alienam per vim inuadunt, promulgata est constitutio. *l. si quis in tantam. C. Unde vi.* Qua statuitur, quod alienam possessionem violenter inuadens, eam restituere vim passo teneatur, & si dominus erat inuasor, priuatur dominio; si verò non erat dominus, tenetur possessionem restituere, & condemnatur in æstimationem rei. Quæritur nunc, an pœnâ hujus constitutionis teneantur etiam fœminæ, minores, & rustici, & dicendum est, eos quoque obstringi: quia hæc constitutio generaliter loquitur de omnibus, qui rem ab alio possessionem vi inuadunt Omnes ergo in pœnam hujus constitutionis incidunt, sine distinctione sexus, ætatis, aut conditionis.

Sed opponitur primò, quod mulier non teneatur pœnâ hujus constitutionis, quia constitutio scripta est hoc modo. *Si quis, non Si qua possessionem*

rem violenter intraserit. Resp. Hæc questio decisa est ex iure certo, videlicet ex l. 1. l. pronuntiatio. 195. de V. S. ubi traditur, quod hoc verbum, *Si quis*, tam masculinum, quam fœminam contineat. Deinde non est hæc constitutio in odium sexus virilis, sed ad odium spoliatoris, & crimen violentiæ puniendum promulgata. Atqui vis maior est in fœmina quam in masculo, quia mulier inuadens alienam possessionem per vim, facit contra pudicitiam & modestiam sexui fœminino congruentem: magis igitur est punienda.

Secundò aduersatur l. 2. ff. *Si quis in ius voc. non ier.* & l. regula. in princ. ff. de iur. & fact. ign. Vbi dicitur, quod minoribus 25. annis, fœminis, & rusticis permittatur in iure errare, quodque rusticitati & infirmitati sexus parcat, si magistratuum edictis non obtemperauerint. Resp. Nullorum delictis patrocinator iuris ignorantia, præsertim si delictum pugnet cum iure naturali, quale est crimen violentiæ, quia aliena per vim inuadere lege naturali & diuina prohibetur, vnde huius iuris naturalis ignorantia eos non excusat. l. 2. C. de in ius vocand. l. si adulterium. 38. §. 1. ff. Ad l. Iuliam. de adul. ubi traditur quod minores & mulieres excusantur, quidem à pœna incestus qui iure ciuili committitur, puta si cum sororis filia rem habuerint, At si incestum iuris gentium commiserint, puta cum priuigna, nuru vel nouerca, mulier & minor æquè puniuntur vt maiores & mares. Nam ius naturale seu gentium in omnes est diffusum, & ignorari à mulieribus & minoribus non potest, Ius autem ciuile mulier & minor ignorare potest. Eleganter Cuiatius interpretum Iuris nostri princeps & coryphæus. ad l. auxilium 37. ff. de minor. Quinimò & iuri naturali repugnat ius sibi ipsi sua manu & propria auctoritate dicere, idèdque rustici, & mulieres hoc casu non excusantur. §. penult. Inst. Vi bonor. rapt. At si quod delictum per negligentiam, seu omitendo, non verò faciendo sit commissum, hoc casu ignoscitur interdum fœminis, minoribus, & rusticis iuris ignorantia peccantibus. d. l. regula. l. auxilium. 37. ff. de minor. l. 1. C. Si aduers. delict. l. ult. C. de iur. & fact. ign. Ita decidit Menoch. remed. 9. recap. poss. q. 1. & 2. & de arbitr. iud. casu. 194. num. 15. Et approbat Donell. ad d. l. si quis in tantam. num. 11. & 12. C. vnde vi.

ASSER-

ASSERTIO L.

*Prædoni competit interdictum unde vi, etiam cum
ab ipso rei domino spoliatur.*

TANTA est violentiæ improbitas, tantum odium, ut spoliatus per vim suâ possessione, ante omnia sit restituendus, etiam si sit prædo. Probat hanc sententiam *l. colonus. l. cum fundum. ff. de vi & vi arm.* Eandem conclusionem probant *l. 1. §. qui à me. ff. eod.* & omnium apertissimè, *§. recuperanda Inst. de interdict.* ubi traditur, interdictum recuperandæ possessionis dari vi dejecto suâ possessione, ad restituendam possessionem, etiam si is à deiciente vi, clam, vel precario possideat. Ratio illa à DD. adferri solet, quia sine citatione & actu judiciali nemo est à possessione suâ amovendus, nemoque sine causæ cognitione suâ possessione est privandus. *l. ult. C. Si per vim vel al. mod.* Cum ergo prædonis possessio, possessio dicatur, ad eam dejectus prædo restituendus est. Quinimò & interdictum unde vi spoliato prædoni per vim, datur contra dominum spoliantem vel deicientem; neque enim dominii exceptio spoliato agenti interdicto unde vi obijci potest. *arg. l. qui possessionem. 17. ff. de vi & vi arm. l. 1. in verb. sine vlla cunctatione possessioni eos restituant. C. Si per vim vel al. mod. text. in cap. literas; & c. in literis ext. de rest. spol. l. si quis ad se fundum, ibi eademq. protinus restituta. C. ad l. Iul. de vi pub.* Approbant hanc decisionem *Wesemb. in parat. ff. de vi & vi arm. num. 11. Sneider. ad §. recuperanda. num. 23. Inst. de interd. Gomes. ad ll. Tauri. l. 45. num. 182. Boer. decis. 238, qui plenè de hac quæstione disserit. Amplectitur Cachera. in Decis. Pedem. 116. num. 6.*

Sed grauter huic assertioni refragatur *l. bona fides. 31. in fin. ff. de pos.* ubi traditur, quod si prædo spoliauerit aliquem per vim, & postea eadem spolia deposuerit apud dominum, non possit ea repetere à domino, additurque æquissima ratio, quia non est æquum dominum rem suam restituere prædoni compelli. Respondeo dupliciter. Vel dicendum, quod illa lex accipienda est, quando agitur iudicio petitorio, hoc est, quando prædo experitur actione depositi, tunc enim deneganda est ei restitutio depositi, quia dominus præferendus est prædoni in restitutione rei suæ: Diuersum est cum agitur iudicio possessorio, in quo spoliatus, licet prædo sit, ante omnia est restituendus. Vel respondendū. Cum constat spoliatum esse prædonem notorium, & è contra spoliatorem esse dominum, tunc spoliatus non est ante omnia restituendus. Eaque sententia confirmatur per *c. cum*

D d

dilectus

dilectus est. de caus. poss. & propr. Ex quo illa desumitur regula. Cum constar de jure proprietatis & dominii, tunc illa causæ possessionis in sua executione prævalere debet. Ira eleganter respondet. *Menoch. remed. 1. recup. poss. qu. 11. num. 119.*

Secundò aduersatur *l. dolo. ff. de except. dol.* ubi pro regula traditur, quod dolo facit qui petit, quod restitutus est, unde prædo spoliatus non debet restitui contra dominum. Resp. Ista regula tantum locum habet in iudiciis petitoriis, non in possessoriiis. *l. 1. §. 1. ff. Quod leg. saltem recuperanda possessionis Dyus in c. dolo facit. de Reg. iur. in 6. & cap. qui ad agendum. eod.* Spoliatus enim ante omnia restituendus est, ne spoliator ex suo delicto commodum sentiat: alioqui si hoc non fieret, magna delinquendi causa & occasio præstaretur: contra *l. non est singulis. ff. de reg. iur. l. conuenire. ff. de pact. dot.* Esset enim in facultate domini sua manu sibi jus dicere, & vim illam ac audaciam prætextu dominii tueri.

ASSERTIO LI.

Vim vi repellere licet, modo fiat incontinenti, & cum moderamine inculpatae tutelæ.

QVI latronem injuriantem occidit, nullo jure tenetur. *§. iniuria. Inst. Ad l. Aquil.* modò tamen id fiat cum moderamine inculpatae tutelæ. *l. 1. C. unde vi.* Moderamen hoc consistit in modo, tempore, & causâ. Modus est defensio necessaria, & præsens vitæ periculum. Tempus, si eo tempore fiat, quo impendet prouocato vitæ periculum, hoc est si in rixâ & incontinenti fiat, prouocato non descendente ad actus extraneos. Nam si ex intervallo fiat, defensio non est necessaria sed vindicta, *l. 3. §. cum igitur. ff. de vi & vi arm.* Causa est justa defensio ob personam facta, ut scilicet sit necessaria defensio, non ad vindictam facta. *l. 3. C. Ad l. Cornel. de sica.* ut scilicet quis non initio author rixæ fuerit, & operam rei illicitæ dederit. Ratio hujus decisionis est, quia aduersus periculum permittit se naturalis ratio defendere. *l. 4. ff. Ad l. Aquil.* Et vim vi defendere omnes leges, omniaque jura permittunt: *l. scientiam 45. §. qui cum aliter. ff. eod. l. 3. ff. de iust. & iur.* Huc pertinet elegantissimus locus in oratione Ciceronis pro Milone. Est hæc non scripta sed nata lex, quam non didicimus, accepimus, legimus, verum etiam, ex natura ipsa arripimus, hausimus, expressimus, ad quam non docti, sed facti, non instituti, sed imbuti sumus, ut si vita nostra in aliquas insidias, si in vim, in tela aut latronum, aut inimicorum incidissent, omnis

amnis honesta ratio esset expediendæ salutis. Silent enim leges inter arma, nec se expectari jubent, cum ei qui expectare velit, ante iniusta pœna uenda sit, quam iusta repetenda.

Sed obijcitur, quod nemo sibi ipsi permittere debeat ultionem, cum tutela & defensio magistratus in medio sit constituta, quam quilibet lætis implorare tenetur. *l. nullus. 14. C. de iud. l. non est singulis. ff. de R.I. Resp.* Non arò necessitas nos in eas angustias ducit, vt si leges expectare velimus, ante iniusta morte simus perituri, quam iustam pœnam petaturi. Idè certis casibus permissum est sine iudice se vindicare *tototit. C. Quand. lic. vnicuique sine iud. se vind.* & melius est intacta cuiusque iura seruare, quam post vulneratam causam remedium quærere. *l. fin. C. in quib. caus. in int. rest. non est necesse.*

Hinc accommodatè hic quæritur. An ad moderamen inculpatæ tutelæ pertineat, necessariumque sit expectare primum ictum. Armorum minas & terrorem sufficere arbitror. *Bart. in l. 3. ff. de iust. & iur. Cynus in l. 1. num. 5. C. vnde vi. per l. 3. §. qui armati. ff. de vi & vi arm.* Est enim defensio instantis siue illatæ vis atque iniuriæ propulsatio, modo non sit nudus armorum terror, vel solæ minæ, sed cum actu quodam ad nocendū sint coniunctæ. Hæc est sententia Baldi, vt refert *Ias. in l. 3. num. 14. ff. de iust. & iur.* potentia enim proxima actui censetur ipse actus. *arg. l. 1. §. si iusserim. ff. de acq. poss.* Hinc si aduersarium meum video minaci animo è pharetra sagittam depromere, gladium è vagina extrahere, possum antequam arcum incuruet, aut gladium educat, præuenire, & vim instantem repellere. *l. 2. 3. & 4. C. Ad l. Cornel. de si. aris. arg. l. ult. C. in quib. caus. in int. rest.* Vbi enim cunctatio periculosa est, melius est nascenti malo occurrere, quam post exitum medicinam quærere. *l. 1. C. Quand. lic. vnicuique siue iud. & c.* Eleganter *Fachin. lib. 1. contro. c. 50.*

Secundò quæritur, an insultatus cum fugere possit, fuga se tueri teneatur? Neminem fugere teneri puto, ne famam in discrimen vocet, quia turpis & probrosa est ingenuo viro fuga: *arg. l. item apud 15. §. 1. ff. de iniur.* crudelis verò est, qui famam negligit. Tum etiam periculosa est fuga, propter lapsum qui fugienti accidere potest, & fugienti à tergo vulnera infligi possunt. Ita concludit *Iason ad l. 3. ff. de iust. & iur.* Ad stipulatur constitutio criminalis Caroli V. *artic. 146. in verbis, Ohne gefarlikheit seines leibs, lebens, eheren vnd guten leumuths.*

Sed obijcitur §. iniuria. 2. *Inst. Ad l. Aquil.* vbi ita demum permittitur alicui latronem insidiatorem occidere, si aliter periculum effugere non potuit. Atqui fuga poterit periculum vitare, & c. Ergo. *Resp.* Turpis est & probrosa honesto & nobili viro fuga, & periculosa propter lapsum. Idè que fugere nemo tenetur, qui ab insidiatore seu sicario aggressus est, quia hoc

D d 2

fieret

feret cum magnopericulo, eò quod fugiēti à tergo vulnera infligi possent. Ita post alios decidit *Gail. lib. 2. pract. observ. cap. 110.* Sequitur *Bart. in l. 1. nu. 3. C. Unde vi. Wefenb. conf. 19. nu. 17.*

Postremo obijcitur locus *Matthai 5. v. 39.* vbi Christus dixit, Si quis tibi alapam impegerit in dextram maxillam, obuertere illi alteram. Resp. Id faciendum est, cum videas te fratri tuo isto modo conducere posse, aut id conducere ad gloriam Dei illustrandam. Extra autem istos casus non est necesse ita facere, quemadmodum Christus, & Paulus suo exemplo docuerunt. *Ioan. 18. v. 23. Act. 23. v. 3.* Ita responder *Martyr. in loc. commu. claf. 2. c. 9. nu. 16.*

Illud denique notandum, quod si prouocatus & insultatus ab aggressore, modum excessit in defensione, non debet statuta ordinaria, sed extraordinaria & mitiori pœna plecti, propter culpam & excessum. Ratio est quia non est in tanta culpa, qui iustum dolorem temperare non potuit. *arg. tex. in l. si adulterium cum incestu 38. §. Imperatores. ff. Ad l. Int. de adul. vbi dicitur, quod difficillimum est iustum dolorem temperare. tex. in l. Diuus. ff. ad l. Pemp. de parrieid. tex. in l. si quis in graui. §. si maritus. ff. de S C. Sillan. tex. in l. 1. §. Queri. ff. ad S C. Turpil. vbi dicitur quod inconsultus calor vitio caret. Prouocatus enim homo intenso dolore non est in plenitudine intellectus, & non habet stateram in manu, ideoque non potest verbera dare ad mensuram. *fa. tex. in l. qui cum maior 14. §. si libertus. ff. de bo. libert. cuius pulchra sunt verba.* Ignoscendum est ei, qui prouocatus vlscisci se voluit. Et hæc sententia, quod aggressus si modum excessit, mitiori pœna sit afficiendus, communiter à maxima Doctorum phalange est recepta, vt eleganter notat. *Gomez in var. resolut. tomo. 3. in cap. de homicid. nu. 24.* quem sequitur & laudat *Emanuel à Zarez in thesau. recept. senten. in litera D. nu. 26.**

ASSERTIO LII.

Exceptiones non numeratæ pecuniæ, & diuisionis, sunt perpetuæ & peremptoriæ; exceptio verò ne quis conueniatur ultra id quod facere potest, temporalis & dilatoria est.

DIVIDUNTUR exceptiones, vt aliæ sint perpetuæ & peremptoriæ, aliæ verò temporales & dilatoriæ. Peremptoriæ sunt, quæ semper agenti obstant; & rem de qua agitur perimunt. Temporales sunt, quæ ad tempus nocent, & temporis dilationem tribuunt. §. appellantur. *Inst. de except. l. 3. ff. eod.* Porro nō differunt hæ exceptiones propriè à tempore proponendi
has

as exceptiones, quasi illæ dicuntur dilatoria, quæ intra certum tempus, aut ante litem contestatam tantum proponi possint, peremptoriae verò quæ ante & post litem contestatam rectè allegentur; nam & exceptio ne cuius conueniatur ultra id quod facere potest, dilatoria est, & tamen non solum antè, sed etiam post litem contestatam, imò post sententiam proponi potest. *l. Nefennius. 41. §. ult. ff. de rei iud.* sed potius differunt à tempore, quo durat effectus propositarum huiusmodi exceptionum. Nam peremptoriae & perpetuæ exceptiones idèò appellantur, quia ex quo semel agnō oppositæ sunt, ita perimunt actionem in perpetuum, vt amplius agi non possit; exceptiones verò dilatoriae & temporales vocantur, quæ oppositæ non pariunt effectum perpetuum, sed temporalem, ita vt possit aliquando iterum rectè agi.

Quæritur an exceptio non numeratæ pecuniæ sit peremptoria, an verò dilatoria. Doctores dubitant. Sed dicendum est, hanc exceptionem esse peremptoriam & perpetuam. Nam etsi intra biennium opponi debet, tamen parit effectum perpetuum, ita vt post biennium actio denegetur.

Verum obijcitur *l. in contractibus. 14. in princ. C. de non num. pec.* vbi dicitur quod hæc exceptio ultra biennium non potest proponi, ideoque temporalis & dilatoria esse videtur. Doctores dicunt eam esse anomalam, quia cum perpetua sit, præter regulam juris tempore finitur. Resp. Exceptio non numeratæ pecuniæ est peremptoria, quia parit effectum perpetuum, & totam actionem perimit, licet intra biennium proponi debeat. Præterea potest etiam post biennium proponi, si modo intra biennium querela sit interposita, & protestatio facta. *d. l. in contractibus. §. ult.*

Secundò quæritur, vtrum exceptio inopiæ, quæ datur ei qui non est condemnandus, nisi in quantum facere potest, sit temporalis, an perpetua. Et verius est temporalem esse ac dilatoriam, quia parit effectum temporalem, cum fieri possit, vt reus iterum perueniat ad pinguiorem fortunam, & ita condemnetur in solidum. Quæ sententia confirmatur & hoc argumento, quia si is cui hæc exceptio competit, per errorem soluat solutum, non potest repetere. *l. 8. & l. seq. ff. de condict. indeb.* Quod proprium est exceptionum temporalium. *l. in diem. 10. ff. eo. tit.* Nam exceptiones perpetuæ pariunt conditionem indebiti. *l. si is qui. 24. l. si non sortem. 26. §. indebitum. ff. ad eod. ff. eodem.* Itaque hac ratione probatur esse dilatoria & temporalis hæc exceptio.

Terriò dubitatur de exceptione diuisionis, quæ datur confidejssoribus, & siue intercessoribus, vt actio inter singulos qui tēpore litis cōtestatæ sunt soluendo, diuidatur. Sed verius est hanc exceptionem esse perpetuam &

peremptoriam, quia parit effectum perpetuum. Nam si fidejussor hac exceptione usus sit, non poterit postea conveniri in solidum, sed exceptio divisionis illa quæ obijcitur ex epistola D. Hadriani, perpetuam vim habet. Hinc est, quod exceptio hæc proponi potest post litem contestatam. *l. si fidejussor. 10. C. de fidejuss.*

ASSERTIO LIII.

Actio est ius persequendi in iudicio, quod sibi debetur.

TRADITVR hæc definitio actionis ab Imp. *in princ. tit. de action. & in l. nihil. 51. ff. de obl. & act.*

Huic definitioni primò repugnat, quod verbo persequendi propriè loquendo continentur tantum extraordinariæ actiones, ut puta petitiones fideicommissorum. *l. pecunia. 178. §. actionis. ff. de V. S.* Ideoque hæc definitio non omnibus actionibus accommodari potest. Resp. Verbum persequendi debet in hac definitione latius accipi, ut conveniat omnibus actionibus, quia definitio generalis est, & omnibus speciebus communis esse debet.

Additur in definitione. Quod sibi debetur, Quæ verba significant definiri hic actionem pertinentem ad iudicia privata, ac distinctam tantum ab actione populari, quàm ab accusatione publica: quoniam in iudiciis popularibus aut publicis non persequimur, quod nobis debetur, sed ius Populi tuemur. *l. 1. ff. de popul. act. l. 4. §. 1. C. de heret.*

Obijcitur quod in §. *penales. Inst. de actio* proponitur actio de albo corrupto, quæ est popularis *l. 7. in princ. ff. de iurisd.* Resp. Actiones populares quatenus mouentur ab iis, ad quos ea res pertinet, pro priuatis habentur. *l. licet. 42 in princ. & §. 1. & l. non cogendum. 45 ff. de procur.* Ergò intelligendum est dictam actionem de albo corrupto, *in d. tit. de actionib.* ea ratione considerari, quatenus ei datur cuius interest, & pro priuata habetur.

Tertiò opponitur, quod non semper quis per actiones petit, quod sibi debetur, sed interdum etiam quod alii debetur, ut tutor petit quod debetur pupillo, procurator quod debetur domino. Resp. Qui per alium quid facit, per seipsum facere videtur.

Vltimò contra verbum debetur, obijcitur, quod res nostra nobis deberi non potest. *l. Quintus. 17. §. argento. l. scribit. 34 ff. de au. & arg. leg.* Itaque videtur hæc definitio non convenire actioni in rem, quoniam hac actione persequimur rem nostram, non rem nobis debitam. Resp. Actione quoque in rem persequimur, quod nobis debetur, non quod res nostra nobis

nobis debeatur, sed quia debetur nobis rei nostræ seu possessionis rei nostræ restitutio. Quod latius & plenius declaratur supra *Centur. 4. act. 30.*

ASSERTIO LIV.

Nudaratio non constituit aliquem debitorem.

HÆ c assertio aperto textu confirmatur in *l. nuda. 26. ff. de donat.* vbi pro regula traditur, quod nuda ratio non facit aliquem debitorem. Ideoque etiam si quis donandi animo referat in suas rationes, & scribat se alicui quid debere, non tamen valida & efficax intelligitur donatio. Dicitur autem nuda ratio, sicut nudum pactum, ea quæ causam non habet adjunctam, veluti si quis dicat se Titio debere centum, nec diiciat ex causa mutui donationis, vel alia simili. Hæc nuda ratio scripti non officit, neque vllum operatur effectum, etiam si quis donandi animo scripserit se debere Titio centum *d. l. nuda.*

Sed videtur huic decisioni ob stare; quod Justinianus constituit donationem perfici nudo consensu. *l. si quis argentum. 35. C. de donat.* vnde in hoc casu qui scripsit, videtur obligari ex causa donationis, proinde poterit conveniri conditione ex lege ad tradendum, quod donavit. Resp. Donatio quæ nec stipulatione nec traditione confirmatur, est nudum pactum *l. 1. ff. de transact.* Ideoque non solius donatoris, sed vtriusque partis, id est, donatoris & donatarii consensum requirit, ut contingit in omnibus pactis *l. 1. §. 1. ff. de pact.* Vnde apparet *d. l. nuda.* non esse abrogatam per *l. si quis argentum*, sed generaliter statuendum esse, donationem non valere ex solo consensu donatoris, sed consensu vtriusque partis, tam donatoris, quam donatarii perfici. Hoc aperte probat Justinianus in *§. 1. Inst. de donat.* vbi ait quod donatio sine traditione perficiatur nudo consensu, & ut de exemplum venditionis tradendi necessitas incumbat donatori: quibus verbis significatur, ut emptio & venditio perficitur nudo consensu vtriusque partis, idem etiam de donatione dicendum esse.

ASSER-

ASSERTIO LV.

Actiones sunt iuris ciuilib, nomen autem actionis in libello exprimere non est neceſſe.

MAGNVS est DD. conflictus, an actiones sint iuris gentium, an verò iuri ciuili sint adscribendæ. Alii contendunt eas à jure gentium promanasse, nixi eo fundamento, quod cum exceptionis, quæ sunt defensiones reorum, sint iuris gentium, ideò quoque actiones eodem jure censerì debeant. *arg. l. 2. ff. de except. vbi traditur exceptiones nihil aliud esse, quam exclusiones actionum, atqui contrariorum eadem est disciplina & doctrina.* Huc accedit, quod & apud alias gentes quam Romanos judicia viguerunt, vnde & colligitur, cum sine actione nemo in iudicio experiri possit. *l. si pupilli. 6. §. vlt. ff. de neg. gest. l. 1. ff. de eden. l. quoties 9. §. item si. ff. de admin. tutor. actiones ad jus gentium pertinere.* Huc faciunt quoque *l. sunt quidam. 17. in fin. ff. de pen. juncta. l. si mandauero. 22. §. is cuius. ff. Manda.* vbi dicitur, quod deportati qui amittunt ea quæ sunt Juris ciuilib, tamen possunt mandare alijs, vt sibi certas res emant, & competit eis hoc nomine actio mandati. Ergo deportati possunt sibi querere actiones, quæ ex jure gentium oriuntur, & sic quodam respectu dicuntur actiones esse Juris gentium.

Sed verior & sanior est sententia, actiones iuri ciuili esse adscribendas: Idque hisce duobus certissimis argumentis confirmatur: primò per text. *l. 2. §. deinde ex his legibus. ff. de orig. iur. vbi disertè traditur, quod legibus. XII. tabularum actiones sunt conceptæ & compositz, quibus inter se homines disceptarent, quas ne populus pro vt vellet, institueret, certas solennitque esse voluerunt legislatores, vnde appellatur hæc pars juris, legis actiones.* Ibi disertè ostenditur, quod actiones à jure ciuili nomen formam & conceptionem propriam acceperunt. Secundò comprobatur hæc sententia hoc argumento. *Judicia constant tribus personis, actore, reo, & iudice seu magistratu, sed magistratus qui judicijs præſunt, cæperunt à jure ciuili. l. 2. §. post originem. ff. de orig. iur.* Ergo & judicia, & per consequens actiones ab eodem jure dimanarunt. Communiter tamen à DD. hæc tenetur distinctio. Aut loquimur de actionibus descendantibus ex contractibus juris gentium, & tunc respectu materiæ, puta contractum, actiones possunt dici iuris gentium, sed respectu formæ sunt juris ciuilib, quippe jure ciuili in certam formam sunt redactæ. Aut loquimur de actionibus, ex contra-

ctu a

tu à jure ciuili inuento, competentibus, & tunc quoad materiam & formam actiones sunt iuris ciuilis. Ita tradit *Sneiderui. ad tit. de action. in definit. action. num. 9.*

Opponitur huic decisioni, quod etiam ante leges. XII. tab. hominis iudicia frequentarunt, & actiones exercuerunt, teste *Halicarnassio, libro 2. antiquit. Roman.* qui tradit actiones à Romulo fuisse institutas. Ergo non possunt dici à legibus XII. tabularum actiones esse compositæ. Resp. habuerunt quidem & exercuerunt homines ante leges. XII. tab. actiones, sed redæ informes & confusas. Verum ius ciuile postea superuenit, atque actiones in ordinem redegit, certasque formas & conceptiones daptauit, illasque formulas certo ordine digessit, & composuit. Hanc sententiam, quod actiones quoad formam & conceptionem sint iuris ciuilis, solidis rationibus conuincit *Zaz. lib. 2. sing. resp. c. 5. & ad §. 1. num. 3. Inst. de act. ui suffragatur ibidem Minsing. num. 4.* Approbant & tuentur hanc sententiam *Comna. lib. 1. comm. c. 5. nu. 6. & cap. 6. in §. Coras. lib. 2. Miscel. c. 17. Vaconius à Vacuna lib. 1. declar. c. 26. Borcholt. in tracta. de oblig. c. 1. nu. 14. & seqq.*

Quod ad alteram partem decisionis attinet, hæc opinio iuri magis consentanea est, quod non est necesse nomen actionis specialiter in libello exprimere, sed sufficit factum ita narrare, vt ex eo iusta agendi causa colligatur. Quæ sententia confirmatur per *l. si mater. 11. & l. an eadem. 14. §. actiones. ff. de except. rei iud. l. quoties C. de dignitat. lib. 12.* & pro ea expressus textus citatur *l. c. dilecti & c. examinata extra. de iudic. c. licet Heli, ex. de Simon.* Quæ etiam sententia ex *l. 2. C. de formul. & impetrat. actio. sublat.* confirmatur, his verbis, Si optam rei & proposito negotio competentem eam esse constiterit. Comprobatur etiam hæc decisio hoc modo, quod jure saltem Digestorum non erat necesse libellum in scriptis exhibere, sed simplici & nuda petitione oterat actor jus suum in iudicio proponere, vel ex albo Prætoris demonstrare aduersario, quid esset petiturus. *l. 1. §. edere, & ibi Gl. ff. de edend. d. l. quoties.* Approbant hanc opinionem, quod nomen actionis in libello omitti possit, *Wesenb. in parat. de edend. num. 7. Mins. ad princ. tit. de act. num. 6.* Pulchrè *Olind. in tractatu suo de forma inuestiganda actionis, in cap. De veteri actionum solennitate, quatenus hodie sit mutata.*

Obiiciuntur huic decisioni pleraque iuris loca, scilicet. *l. 3. C. de eden. l. non datur. 33. ff. de iudic. & potissimum l. ult. C. de interdict.* quæ expressè tradit, quod qui interdictum proponit, necesse habet in limine iudicii actionem exprimere. Ad hæc frustra à legislatoribus certa actionum nomina singulis negotiis essent imposita, nisi certum etiam in singulis facti speciebus nomen esset exprimendum *l. 1. ff. de est. act. l. 1. & 20. §. 1. ff. de præscript. verb.* Resp. regulariter non est opus certam actionem in libello exprimere, sed tamen

Ec

petente

petente reo siue aduersario tenetur actor specialiter designare, quo actionis genere uti velit. Quod tunc maximè necessarium est, cum ex eodem negotio plures actiones simul competunt, tunc enim quia ex vna actione aliter fit condemnatio quam ex alia, nominatim debet actor in libello declarare, qua forma & modo agendi procedere velit, specialiter actionis nomen exprimendo. *l. in duobus. 28. §. colonus. ff. de iureiur. l. habebat. 13. ff. de inst. act. l. 1. & l. si colonus. ff. Arb. furt. casarum. l. cum filius. 76. §. varius de leg. 2.* Ita decidit gloss. in d. c. dilecti. ext. de iudic. Idque ea quoque ratione confirmatur, ut iudex conuenientem petitioni & libello sententiam possit formare & pronunciare. Sententia enim debet esse libello conformis, & ultra id quod in iudicio deductum est, potestas iudicis excedere non potest. *l. ut fundus 18. ff. Com. diuid. l. vlt. C. de fideic. libert. vbi dicitur stultum esse iudicem qui super non petitis pronuntiat.*

ASSERTIO LVI.

Quoties ex pluribus causis quid debetur, & quod solutum est, omnibus summis non sufficit, tunc in grauiorem causam solutum censetur.

CUM debitor ex pluribus causis diuersas summas debet creditori, & aliquam summam vel quantitatem soluit, nec exprimit in quam causam soluat, tunc in causam debiti grauiorem solutum censetur, qua scilicet illum primò quoquo tempore exonerari expedit. *l. 3. & 5. ff. de solut.* Quæ constitutio & interpretatio ICtorum producta est ex illa naturali æquitate, quod fauorabiliores sunt rei quam actores, item quod procliuiores esse debemus ad liberandum quam ad obligandum. *l. Arriani. ff. de oblig. & act.* Exempli causa, si debitor aliud purè & præsentis die debebat, aliud verò in diem vel sub conditione, & indistinctè aliqua summa ex his debitis soluatur, illud solutum censetur, quod purè debetur, & cuius dies venit. *l. 3. l. cum ex pluribus. 103. ff. de solut.*

Verum grauius cum d. l. 3. pugnat. *l. 1. ff. de solut.* vbi Vlpianus statuit, si debitor cum ex pluribus causis deberet, vnum debitum soluat, quod tunc illud debitum soluisse censetur, cuius dies nondum venit. Resp. In d. l. 1. pro illis verbis. *Aut in illud*, legendum haud in illud, pro ut Rustardus annotauit se in veteri exemplari legisse, ut sit sensus, quod indistinctè solutum est à debitore ex pluribus causis obligato, non esse imputandum in illud

Illud debitum, cuius dies nondum venit, Quæ lectio textui quam optimè congruit, & omnem difficultatem tollit. Ita tradunt *Wesemb. in parat. ad tit. de solut. Donel. lib. 16. com. c. 12.* Quæ sententia probatur in *l. cum ex pluribus 97. §. l. cum ex pluribus 103. ff. solut.*

Secundò aduersatur decisioni superiori. *l. 1. C. de solut.* ubi statuitur, quod si debitor cum ex pluribus causis deberet, puta aliquam summam ex sorte principali, aliam ex vsuris, & indistinctè aliquid soluit, quod non sufficiat ad vtranque summam, prius in vsuras, deinde in sortem, id quod soluitur, accepto ferendum esse. Hic in dubio in eam causam solutum intelligitur, in quam accepto ferri expedit creditori, non debitori. Est enim vtilius creditori in vsuras solutum imputare quam in sortem, è contra debitori vtilius est prius in sortem, quam vsuras solutum acceptum ferre. Nam solutâ obligatione vsurarum præteritarum, nihilominus salua manet creditori obligatio sortis & vsurarum obligatio accessoria. *l. eos in princ. C. de vsuris.* At verò solutâ sorte tanquam obligatione principali, & extinguitur cursus vsurarum, tanquam obligatio accessoria. *d. l. eos.* Resp. Quod supra dictum est, debitum ex pluribus causis in grauiorem causam solutum censeri, seu in eam causam, quæ commodior vtiliorque est debitori, hoc ita intelligendum est, si ex pluribus causis æquè principalibus quid debeat, quia fieri hoc potest sine damno & injuriâ creditoris. Nam cum ex pluribus causis principalibus, quod soluitur, acceptum fertur in causam debitori grauiorem, pro ejus commodo, vnâ causâ per solutionem sublata, quæcunque ea sit, cætera debita tanquam æquè principalia nihilominus integra manent. At verò quoties quid debetur pro sorte & pro vsuris, tunc secus accidit, nam si creditor cogeretur id prius in sortem acceptum ferre quam in vsuras, tunc sorte soluta tolleretur simul etiam obligatio vsurarum, quæ tanquam obligatio accessoria sequitur obligationem principalem sortis. Hoc verò non fieret sine graui damno & injuria creditoris. Eleganter *Donel. in comment. d. c. 12.*

ASSERTIO LVII.

*Furta non iure ciuili scripto, sed ex consuetudine
laqueo puniuntur.*

Q UOD furta jure ciuili Romanorum non puniuntur pœna mortis vel capitali, patet ex No. 134. *de ricar. seu locum tenent. §. quia vero. & ex Auth. sed nouo iure. C. de ser. fugit.* Cujus hæc sunt verba. Sed nouo
E c 2 iure

iure pro furto nec morietur aliquis, nec aliquod membrum abscindetur, sed aliter castigabitur. Fures verò appellamus eos qui occultè & sine armis aliena tollunt, non eos, qui vi, armis manu coacta grassantur latronum more.

Obiicitur constitutio Imp. Frederici quæ extat *lib. 2. feudo. tit. 27. de pace tenendâ & eius violator. §. si quis quinque*, ubi Imp. Fredericus constituit, ut fures de patibulo suspendantur, quoties furtum quinque solidorum, id est aureorum Hungaricorum æstimationem excedit. Sin minus furati sunt, scopis & forpice excoriari, & tundi debent. Resp. Illa constitutio Imp. Frederici tantum de casu fractæ pacis loquitur, seu de furto, quod adhibitis armis & per violentiam perpetratur. Itaque ea pœna non statuitur in illos, qui simplex furtum commiserunt, sed qui violenter grassati sunt in bonis aliorum diripiendis, qui non tantum fures sunt, sed effractores & violenti raptores, punitque ea lex fures, non tantum quatenus fures sunt, sed quatenus pacis publicæ turbatores existunt. Quod apertè probat inscriptio tituli præfixa constitutione Imp. Frederici, quæ inscribitur, de pace tenendâ & eius violatoribus. Ita rectè notat Baro ad §. ult. *Inst. de obligat. ex delict.* & communiter ita accipi attestatur Gomef. in §. ex maleficiis. num. 2. & 3. *Inst. de action.* Quæ sententia etiam verbo Dei consentanea est. Similiter enim in lege diuina constitutum est. *Exodi. 22. vers. 2.* ut si noctu venisset fur armatus, vellerque aliquid rapere, impunè esset eum occidere. Huc facit quod traditur 2^a. *Samuel. c. 12. v. 5.* ubi Dauid inquit, quod diues qui habet greges & armenta multa, si rapiat vnicum agnum pauperis, mortem meretur, & præterea quadruplum reddere tenetur.

Secundò obiicitur *l. penult. ff. de cond. caus. dat.* ubi pro simplici & exiguo furto quis iure civili pœna mortis afficitur. Resp. Illa lex disponit de furto à seruo cōmissō, at cum serui in iure pro hominibus vilibus & abiectis habeantur, imò pecudibus exaquantur, non mirū est, si in eos pro furto pœna mortis sit statuta, diuersum tamen in liberis hominibus obtinet. Illud enim etiam iure cautum est, quod in omni delicto seuerius serui, quam liberi homines puniri debent. *l. capitalium 28. §. ult. ff. de pœn.*

Porrò consuetudo hæc quæ pœnam pecuniariam in corporalem mutat, optimo iure defendi potest, propter frequentiam scilicet furtorum, quia frequentia hæc furandi testatur nouissimis hæc & deterrimis temporibus, leni animaduersione delictum hoc coëceri non posse. Sic enim & iure civili expressè decisum est, quod maleficiorum supplicia exacerbantur propter frequentiam & iterationem delictorum, quoties nimirū multis personis grassantibus & delinquentibus, seueriori exemplo opus est. *l. aut facta. 16 §. ult. l.*

*ult. l. capitalium. 28. § solent. & §. grassatores. & §. famosos. ff. de pœn. vbi dicitur quod latrones, & grassatores furca suspendi, vel capite debent mulctari. seruos. C. Ad l. Jul. de vi pub. Adhæc in puniendo non tam res quæ violantur, quam qualitas delicti est consideranda, an & quatenus Repub. lædat. Atqui fures non minus humanam societatem violant, quam adulteri & homicidæ. Non enim tantum opus est tuto & concordie conuictu, ac caritâ conjugum conjunctione, sed etiam distinctione dominiorum, & bonorum defensione ad societatem vitæ humanæ retinendam opus est, quam cum violent fures, meritò exemplo homicidarum & adulterorum, extremo supplicio afficiuntur. Pulchrè *Wesemb. in parat. ff. de furt. nu. ult. Norner. lib. 1. election. c. 15. & 22. Didac. Conarru. lib. 2. var. Resol. c. 9. nu. 7.* vbi eleganter tradit iure ciuili Romano fures pœna mortis non puniri, per *d. Auth. sed nouo iure. C. de furt.* sed iure Longobardico feudorum pœnam mortis furibus irrogari, per *d. § si quis quinque. tit. de pace tenen. & eius vidat. lib. 2. feudo. tit. 27.* Atque ubi hanc pœnam iustè à Repub. infligi propter delinquendi audaciam & proteruiam scribit, vbi id variis gentium moribus & legibus comprobari adfirmat. Lege etiam XII. tabularum furem nocturnum occidere licebat, diurnum autem si se cum telo defenderet. *l. itaq. 4. ff. Ad l. Aquil. l. furem 9. ff. ad l. Com. de si car.* Quinimò & qui arbores, & maximè vites ceciderint, puniuntur tanquam latrones. *l. 2. ff. Arb. furt. cas.* Quæ lex admodum dura & seuera est, eamque adhuc in Saxonia seruari intellexi.*

ASSERTIO LVIII.

Actio iniuriarum, quâ agitur ad palinodiam seu reuocationem iniuriæ, ciuilis est, non criminalis.

QUÆSITVM est à DD. An actio iniuriarum, quâ agitur ad reuocationem iniuriosorum verborum, & restitutionem famæ læsæ, ciuilis vel criminalis censeatur. Et verior crebriorque est DD. sententia eam criminalem non esse. Eaque probatur hisce quatuor firmissimis rationibus. Primò quia cum agitur ad reclamationem iniuriæ, non potest dici quod agatur ad aliquam pœnam fisco applicandam, quod in criminali causa omninò est necessarium. *gloss. & Bart. in l. Præter. ff. de sepulch. viol.* Secundò etsi iure ciuili in causis criminalibus appellatio sit permissa. *l. additos in fin. C. de epis. audient.* moribus tamen Germaniæ non permittitur appellatio in criminalibus, verum quia in actione iniuriarum, qua agitur ad reuocationem, recepto more iudiciorum appellatur, consequens est

Ee 3

eam

eam non esse criminalem. Tertiò in criminalibus iudiciis procurator interuenire non potest. *l. penult. §. ult. ff. de publ. iud.* at in actione iniuriarum reclamatoria procuratorem admitti constat. Quartò hoc priuilegium criminali iudicio datum est, vteo pendente nulli ciuili quaestioni locus sit. *l. 2. §. sed si agant. ff. de iud.* Iam si actio iniuriarum, qua agitur ad reuocationem, criminalis esset, sequeretur eam cum ciuili, qua ad aestimationem iniuriæ contenditur, cumulari non posse, cuius tamen contrarium vsu obseruatur. Ex quibus omnibus liquidò apparet, actionem iniuriarum ad reuocationem institutam, potius ciuilem quam criminalem esse.

Obiicitur huic assertioni, quod actio qua agitur ad palinodiam infamat. Ergo criminalis est. Resp. Hoc non sequitur, nam & actiones mandati, depositi, de dolo, & aliæ quam plures infamant, nec tamen propterea sunt criminales. Nam & eodem modo actio iniuriarum etiam ciuilitè intentata infamat. *l. athletus. 4. §. fin. ff. de his qui not. infam. §. ex quibusdam. Inst. de pœnis temerè litig.* ex quo tamen inferri non potest eam esse criminalem.

Secundò opponitur hoc argumentum. Actio qua agitur ad reuocationem iniuriæ continet pœnam, eaque pœna quia non est pecuniaria, necesse est corporalem esse. Atqui cum pœna sit corporalis & descendat ex delicto, necesse est hoc iudicium esse criminale. Resp. Non potest dici iudicium esse criminale, quia illud demum iudicium est criminale, quoties corpus delinquentis punitur, aut pœna pecuniaria fisco applicatur. *arg. l. locatio. §. quod illi. ff. de publ. & vet.* Ita tradit Bart. in *l. ult. vers. quare quomodo cognoscam. ff. de priuatis delict.* & in *l. prator ait in princ. ff. de sepulch. viol.* Vnde cum neutrum interueniat in actione iniuriarum, qua agitur ad reclamationem iniuriæ, sequitur non esse iudicium criminale.

Tertiò in contrarium adfertur. *l. 1. §. ult. ff. de suspect. tut.* vbi dicitur, quoties contra suspectum tutorem agitur, vt puniatur, tunc esse iudicium criminale, ideòque non ad prætorem, sed præfectum vrbi, qui tantum de criminibus cognoscit, remittitur tutor puniendus. Resp. Accusatio suspecti tutoris potest etiam criminaliter intendi, quo casu si grauius deliquerit tutor, videtur etiam corporaliter puniendus. *l. 3. §. tutor. ff. de suspect. tut. l. 1. §. suspecti. ff. Ad SC. Turp.* Hanc sententiam, quod ciuilis sit actio, qua agitur ad palinodiam iniuriæ, defendunt *Gail. lib. 1. Obser. cap. 65. Mins. cent. 2. obs. 98.* vbi notant hanc veriore & receptiore esse D D. opinionem, quæ in Camera imperii iudicando obseruatur. *Wesemb. in parat. ad tit. de iniuriis. num. 18. & cons. 22. nu. 18.* Dissentit *Muran. in Spec. aur. par. 4. dist. 1. num. 17.* Vnde & rectè deciditur quod cum hæc actio sit ciuilis, quod in libello super actione iniuriarum, vtrumque iudicium, & quo agitur ad aestimationem iniuriæ, & quoad reclamationem contenditur, cumulari possit. Sic *Boërius in consuetud.*

aud. Bituric. conclus. 1. tradit, quod in causa iniuriarum agi potest ad binas
 mendationes, vtilem scilicet, id est pecuniariam, & honorariam, id est ad
 titutionem honoris seu reclamationem iniuriæ, quod sequitur *Gail. d. 10-*
5 Mins. ad §. in summa. l. ult. de iniuriis.

ASSERTIO LIX.

*Crimen stellionatus infamat, si cum aliâ civili
 actione concurrat.*

CAUSA propter quam irrogatur infamia, est dolus, vel simile deli-
 ctum, quod in dolum cadit, veluti perfidia, stellionatus, impostura,
 periurium. *l. furti. 6. §. ult. ff. de his qui not. infam.* Stellionatus dicitur
 canis fraus & impostura, quæ proprium delicti nomen non habet, &
 tem est in criminalibus, quod in civilibus iudiciis actio de dolo. *l. 3. ff.*
stellionat. Damnatus igitur de crimine stellionatus fit infamis. *l. quid ergo 13.*
§. ult. ff. de his qui notat. infam.

Sed obijcitur *l. 2. ff. Stellio.* vbi dicitur iudicium stellionatus non esse fa-
 mosum. Resp. Ex sententia Iohannis veteris glassatoris probata ab Ac-
 curs. *in d. l. 13. §. ult.* quod tunc crimen stellionatus infamet, si concurrat
 cum alia civili actione famosa, puta actione de dolo. *l. 1. ff. de his qui not. infam.*
 Et si debitor actione ex stipulatu conuentus soluit æs pro auro, quia ex
 hac causa actio de dolo famosa competit, erit & crimen stellionatus fa-
 mosum. Similiter si quis merces quas tibi debebat ex stipulatu, dolo ma-
 lo corruptit, & sic tradidit, tenetur actione civili de dolo, quæ est famosa.
 Erat & hoc casu erit iudicium stellionatus famosum. Si verò actio quæ
 cum hoc crimine concurrat, non est famosa, crimen quoque stellionatus,
 non est famosum. Ut puta si venditor sciens rem alii obligatam, dissimu-
 lata obligatione, per calliditatem alii distraxit, aut debitor rem alii obliga-
 tam alii sciens dolo malo pignoraui, his casibus non datur actio de dolo,
 sed pignoratitia contraria, quæ actiones non sunt famosæ. Ergò nec cri-
 men stellionatus erit ex iis causis famosum. *l. tutor. 16. §. 1. l. si quis in pigno-*
. 36. §. sed & si quis. ff. de pig. act. l. statuliberum. 9 §. 1. ff. de statulib. fac. l. infamem 2.
de publ. ind. vbi dicitur, quod quando publicum iudicium seu crimen
 concurrat cum privato iudicio, quod infamiam irrogat, tunc etiam iudi-
 cium publicum infamiam condemnato importat. Ita post Accursium di-
 stinguunt *Crit. lib. 10. obs. c. 26. Duar. lib. 1. annue. disput. c. 42. Ioannes Robert. lib. 4.*
ment.uris. c. 17. Aliter sentit *Ante. Faber lib. 4. coniect. c. 2.* qui crimen hoc
 stellionatus

stellionatus semper famosum esse contendit, & in d. l. 2. ff. Stellion. expungit negationem.

ASSERTIO LX.

Reus accusatus in criminalibus causis, precedente iuramento calumniæ de veritate dicendâ, positionibus accusatoris respondere non tenetur.

PROBATVR & stabilitur hæc conclusio in c. quis aliquando. de pœnitent. dist. 1. & in c. si peccauerit. 2. quæst. 1. ubi habetur, quod quis non tenetur se prodere & proprium delictum manifestare. text. in l. 1. ff. de bon. eo. qui sibi mort. & in l. qui cum maior. §. si patris. ff. de bon. liber. & in l. transigere C. de transact. ubi statuitur, quod qualitercumque licitum est unicuique sanguinem suum redimere. Hanc etiam opinionem probat. text. singularis in l. 4. ff. de testib. ubi consanguineus intra certum gradum ibi definitum non cogitur dicere testimonium contra consanguineum. Ergo multò minus ipse delinquens accusatus non debet cogi dicere contra se testimonium. Hanc sententiam defendunt Bald. in l. 2. §. quod observari. C. de iure. calum. Hippo. de Marsf. in pract. crim. §. postquam. 1. col. 1ul. Clar. in pract. §. ult. quæst. 45. vers. sed quero. Contrariam sententiam sequitur Gomes. tomo. 3. variar. resolut. c. 12. de probat. delict. nu. 5. Adde pro prædictâ sententiâ hanc firmam & evidentem rationem, quod iudex non debet à reo exigere iuramentum, ex quo præsumptio periurii exurgit, & periculum lædendæ conscientiæ emergit, arg. text. in c. clericos. de cohab. cler. & mulier. Atqui in hoc casu maxima daretur occasio periurii, quia reus non præsumitur facillè tale testimonium contra seipsum perhibere, ex quo sibi ipsi posset creare pœnam mortis, vel aliam grauiorem pœnam corporalem.

Sed in contrarium adfertur. l. 1. & 2. C. de iura. calum. ubi traditur quod generaliter in omnibus causis tam civilibus quam criminalibus habet locum iuramentum calumniæ, cuius duo sunt principalia substantialia membra, primum est, quod actor seu reus iuret se fouere iustam causam; secundum est, quod interrogatus in qualibet parte litis dicet veritatem. Resp. Istæ leges debent intelligi in iuramento calumniæ respectu primi articuli, quod scilicet iurent litigantes se fouere iustam causam, & dolum vel calumniam in lite non commissuros. Non verò tenentur iurare, quod interrogati adstringantur respondere de veritate dicenda.

Secundò obijcitur l. Marcellus §. 1. ff. Rer. amot. & l. lex Cornelia §. 1. ff. hac lege. ff. de iur.

iniur. vbi traditur, quod in actione rerum amotarum, & iniuriarum, & descendunt ex delictis, habet locum delatio huius iuramenti. Resp. & leges habent locum in iuramento iudiciali, quod defertur à parte arti, & imponit finem liti & causæ institutæ, aliud verò obtinet in iuramento calumniæ de veritate dicendâ.

Tertiò opponitur l. 3. §. ex quacunque ff. de iure iu. vbi asseritur, quod in qualibet actione, siue rei persecutoria, siue pœnali, cogitur quis iurare. Resp. Ille locus intelligendus est de iuramento litis decisorio, quod iudiciale vocant DD. quo totalis dirimitur, non verò de iuramento calumniæ. Deinde procedit ille text. in causis civilibus tantum, non in criminalibus, nam in hisce causis decidendis non est locus delationi iuramenti, sed actor crimen quod intendit, liquidissimè docere, & probationes meridiana luce clariores adferre tenetur. l. ult. C. de probat.

Quartò aduersatur l. 1. & totus. tit. ff. de quest. vbi statuitur, quod per tormenta cogitur quis respondere de veritate, super facto proprio, ergò à tortiori tenetur respondere interrogatus cum iuramento. Resp. Hoc locum obtinet, quando reus iustis suspicionibus est grauatus, & de delicto grauiter diffamatus, tunc enim quia contra illum vehementes militant pœsumptiones, tenetur se à præcedente diffamatione & iustis suspicionibus purgare, ac præstato iuramento calumniæ veritatem syncerè confiteri, nec ex hoc incurreret pœnam mortis.

ASSERTIO LXI.

*In criminalibus iudiciis ex solis pœsumptionibus
nemo condemnari potest.*

QUÆSITVM est à DD. vtrum ex argumentis & pœsumptionibus reus, qui neque confessus, neque conuictus est, condemnari possit. Et verior, legibusque magis est consentanea sententia, quod ex indicis & pœsumptionibus reus aliqua pœna condemnari non possit, sed tamen quod verisimilia indicia & probabilia argumenta ad torturam sufficiant. Quod si verò conditio causæ vel personæ id non patiatur, reus est soluendus. Prima pars decisionis probatur per l. qui sententiam. C. de pœn. & l. ult. C. de probat. vbi statuitur, quod in criminalibus causis non est perueniendum ad pœnalem sententiam, nisi reus fuerit maleficio confessus, & clarissimis probationibus conuictus. His addenda est l. absentem. ff. de i. vbi expressè traditur, neminem ex solis suspicionibus de crimine esse

Ff

damnan-

damnandum. Altera pars decisionis fundatur in *l. milites. §. oportet. C. de quaestio.* vbi dicitur argumentis verisimilibus & legitimis inditiis conuictos, inuestigandæ veritatis gratiâ tormentis esse subiiciendos, si personarum conditio hoc patiarur. Huc facit *l. vnus. 18. §. reus ff. de quaest.* vbi Paulus I C. inquit, quod reus euidentioribus argumentis oppressus in quaestionem repeti potest. Non dicit condemnari debet, sed iterum torqueri, si in tormenta animum corpusque durauerit.

E contrariò quod ex solis præsumptionibus quis condemnetur in criminalibus causis, probatur ex *l. si qui adulterij. 34. & Auth. si quis ei. C. Ad l. liam de adult.* vbi statuitur, quod si quis repulit crimen adulterii, quia dicebat se consanguinitate iunctum esse mulieri, si postea reperitur uxorem illam ducere in matrimonium, punitur tanquam conuictus de crimine adulterii. Respond. Hoc specialiter ibi constitutum est in odium eorum, qui cognationis prætextu adulterium celare student. Vnde ad alios casus omnes id generaliter producendum non videtur.

Secundò in contrarium adfertur *l. 1. C. Ad l. Corn. de fica.* vbi ex graui percussione, ex quâ mors secuta est, tenetur quis pœna homicidii, nisi probet non occidendi animo hominem à se percussum. Item *l. si non conuictij C. de iniur.* vbi si quis protulit in alium conuicia, tenetur actione iniuriarum, nisi probet se non iniuriandi animo dixisse. Resp. Illæ leges non probant quenquam ex solis præsumptionibus esse damnandum, sed istud tradunt, vbi constat crimen homicidii vel iniuriarum esse commissum, reum esse damnandum, nisi ipse probauerit vera esse, quæ ad defensionem suam allegat, veluti se casu vel defendendæ vitæ suæ gratia occidisse, vel iniuriandi animum non habuisse.

Tertiò obstat *l. vlt. C. de probat.* vbi dicitur etiam inditia indubitata sufficere ad condemnationem in criminalibus causis. Resp. Ibi inditia non significant præsumptiones iuris, sed indubitata & necessaria seu certissima argumenta, quando scilicet lex aliquid præsumit, & statuit, & super eo certum ius fundat, quæ vocantur præsumptiones iuris & de iure, vt in casu *l. is. si qui C. Ad l. Iul. de adult.* vbi qui accusatus de adulterio, excusat se prætextu consanguinitatis, si postea cum eadem contrahat matrimonium, inducitur violenta præsumptio à lege, per quam condemnatur pœna adulterii. Hanc sententiam, quod ex præsumptionibus non possit aliquis condemnari in causis criminalibus, amplectuntur *Gemes. tomo. 3. Variar. resol. c. 12. num. 25. Fachin. lib. 1. contro. iuris. c. 29. Oldendorp. in tracta. de probat. Duaren. c. 10. cod. tit.*

ASSER-

ASSERTIO LXII.

Etiam inuoluntaria quædam delicta coërcentur.

QUOD delicta inuoluntaria, hoc est, non consultò & data opera, sed per imprudentiam commissâ, iure ciuili etiam coërcentur, demonstratur primò ex definitione legis tradita à Papiniano in l. 1. ff. de legib. vbi lex definitur, quod sit delictorum quæ sponte vel per ignorantiam committuntur, coërcitio. Secundò idem expressè & disertè confirmat. l. 2. ff. de ter. mo. vbi illi qui per ignorantiam vel casum fortuitum terminum agri loco mouerunt, vel lapides finales abstulerunt, verberibus coërcentur. Tertiò hanc sententiam comprobat l. qui ades. 9. ff. de incend. ruin. aufr. vbi statuitur, quod qui casu quodam, non consulto data opera edes struemue frumenti combussit, in eum est actio in duplum, vel si non sit soluendo, extra ordinem coërcetur. Quartò confirmatur hæc sententia etiam iure diuino: nam vt *Deutero. cap. 19.* sancitur, lege diuina sex ciuitates, tres vltra, & tres citra Jordanem destinantur exilio voluntario, quo illi pleciuntur, qui fortuitò & per imprudentiam homicidium commiserunt, & propter inuoluntaria homicidia in hæc ciuitates securitatis causa se recipientes à pœna mortis liberantur.

Sed prædictæ decisioni vehementer obstare videtur. l. Diuus. 14. ff. Ad l. Corn. de sica. vbi traditur, quod in maleficijs voluntas non exitus spectatur, hoc est, si quis non habuit animum & propositum delinquendi, licet ille alteri iniuriam intulerit, vel damnum dederit, hoc factum, quia absuit animus & voluntas peccandi, non meretur pœnam. Resp. Non solum crimina & delicta admitti censentur consultò & data opera, seu per dolum, & malitiam ad delinquendum destinatam, sed etiam quandoque per imprudentiam & ignorantiam delinquitur, nam & in ignorantia quædam culpa interuenit. Quæ culpa tunc maximè punitur, si maxima & inopina negligentia, vel lasciuia in peccando admissa sit. l. 4. §. 1. ff. Ad l. Corn. de sica. Quinimò & in eum qui leuiore culpâ deliquit, competit ex lege Aquila actio. l. qui occidit. 30. §. penult. ff. Ad l. Aquil. Hinc & homicidium casu factum legibus punitur, vt manifestè probat. l. aut facta. 16. §. euentus ff. de æn. vbi traditur, quod homicidia casu fortuitò admissa, seu ab homine lementissimo perpetrata in eum, quem quis uullo modo oderat, puniuntur voluntario exilio. Planè vno singulari casu, quando in homicidio omnis voluntas occidendi ab fuit, censetur omninò pœna homicidij remittenda. Quod accidit, cum in colluctatione vel publico certamine, vel in

Ff 2

campo

campo sagittario; dum pugiles & sagittarij se exercent, aliquis alterum occidit, quia gloriæ causâ aut virtutis, non vero contumeliæ aut injuriæ gratiâ videtur damnum datum, aut cædes perpetrata. text. est in l. 7. §. si in colluctatione. ff. Ad l. Aquil. Quâ de re pulchrè Plato in suis legibus fanciuit, hoc modo. Si quis in colluctatione vel publicis certaminibus aliquem amicum occiderit, purus & insons esto. Eleganter Cuiat. lib. obs. 19. c. 10.

ASSERTIO LXIII.

Etiam captum sed nondum consummatum crimen punitur.

IN RE Romano non tantum effectus punitur, sed etiam conatus & voluntas. Vnde Seneca rectè scriptum reliquit *declam.* 7. scelera quamvis citra exitum subsederint, puniuntur. Quod & confirmatur l. 1. C. Theod. Ad l. Iul. de amb. hisce verbis. Pari sorte leges scelera puniunt, & sceleris voluntatem. Porro & jure nostro Cæsareo expressis textibus approbatur hæc decisio, & primò per l. quisquis. C. Ad l. Iuliam maiestatis. vbi traditur, quod eadem seueritate, voluntatem sceleris, qua effectum puniri jura voluerunt. Secundò eadem sententia corroboratur in l. 1. ff. de extrat. ord. crim. vbi statuitur, quod sollicitatores alienarum nuptiarum, etiam si adulterium perpetrare non potuerint, tamen propter voluntatem pernitiosæ libidinis extra ordinem coërcentur. Tertiò conuincitur hæc assertio per l. si quis non dicam. C. de episcop. & cleric. vbi pari pœna plectitur qui rapuit monialem aut vestalem virginem, & qui nuptias ejus attentauit. Quartò hæc conclusio stabilitur ex eo, quod qui alienum seruum corrumpere tentauit, punitur in duplum actione de seruo corrupto, idè quia consilium corruptoris ad perniciem probitatis serui introductum est, tex. est in l. si quis. 20. C. de furt. Quintò & consilium voluntasque sola proditoris patriæ punitur, licet crimen non sit peractum, cum talis sit læsæ majestatis reus in d. l. quisquis. Sextò solus conatus punitur in parricidio, quando filius venenum emit, vt patri daret, quamvis dare non potuerit. l. 1. in fin. ff. Ad l. Pompeiam de parricid. Denique certa & generalis juris regula est, quod in atrocioribus criminibus, quæ & naturali & ciuili jure damnantur, conatus & voluntas pro delicto punitur, licet delictum non sit ad exitum vel effectum productum. Ita notat gloss. communiter approbata in l. 1. §. Hæc autem verba. ff. Quod quisque iur. Huius

Huius rei memorabile exemplum refert *Bodin. lib. 4. de Repub. c. vlt.* vbi ita scribit. Cum nobilis quidam Normannus apud nos fraterculo sodali coniteretur se Franciscum Regem Galliae occidere voluisse, nihil tamen auium esse flagitiosae voluntatis sponte poenitere, sodalis reo confitenti ac celus deprecanti, quantum quidem poterat, ignouit: eundem tamen paulo post ad Regem detulit, qui reum comprehensum ad curiam Parisiorum mitti iussit, Curia capitali supplicio, quali perduellionis convictum, damnauit vbi subiungit Bodinus, Prudentius tamen, opinor, rex ignouisset quia cogitationis illius ac voluntatis, quam propter scelerum atrocitatem reges coercent, hominem poenituisset, ac sui ipsius proditor & accusator prius extitisset, quam accusaretur. per *l. cogitationis 18. ff. de poen.*

Verum aduersatur huic sententiae *d. l. 1. §. 1. ff. Quod quisq. iur.* vbi dicitur non rem coeptam sed perfectam & consummatam legibus puniri, Idem confirmat *l. impuberem 22. §. sed si ei seruo. ff. ad l. Corn. de fals.* vbi traditur, licet quis quo ad cogitationem animi nocens sit, tamen quia effectus non est secutus, poenae eximendus est. Quod & comprobatur *l. cogitationis. 18. ff. de poen.* vbi statuitur, quod cogitationis poenam nemo pati debeat. Ex quibus omnibus liquido patet, quod conatus iure ciuili non puniatur, quando crimen non est consummatum, & ad effectum deductum. Resp. Praedicta regula quam definitur, quod coeptum & inchoatum crimen etiam puniatur, licet effectus non sit secutus, procedit tantum in delictis atrocioribus, atqui in leuioribus criminibus ex solo conatu poena legibus non irrogatur sed ibi locum habet haec regula, quod conatus non puniatur pro delicto, quando injuria non habet effectum *d. l. 1. §. vlt. ff. Quod quisque iur. &c.* vbi haec recitantur verba. Quid enim obfuit conatus, cum injuria nullum habuit effectum? Ita notat *Gl. communiter probata in l. 1. §. 1. ff. Quod quisque iur.* Assentitur *Cuiat. lib. 15. obs. cap. 25.*

Secundo obijcitur argumentum ex Theologia petatum. Non est rationi consentaneum, vt cogitationes seu phantasiae committendorum peccatorum, quae temere volutantur in mente & cerebro hominis, & tandem euanescent, pro concupiscentiis dammentur, quarum sedes est in corde. Resp. Hic est quaestio de ejus generis phantasiis & cogitationibus, quae dum mentibus obseruantur, simul animum cupidate mordent & feriunt, quandoquidem nunquam venit in mentem optare aliquid, quin simul cor excitatum saliat. Ita respondet *Caluin. lib. 2. Institut. Christ. relig. cap. 8. nu. 50.* Hinc *Theodoro Balsamo in cap. 4. Neocasarina synodi* vere & scite tradit, quatuor esse peccatorum gradus, Obiectum seu primum motum, luctationem, assensionem & actum. Priora duo quia primi animorum motus non sunt in nostra potestate, sunt extra noxam, poste-

riora verò puniendā sunt. Ita eleganter notat *Fornerius ad l. fugitivus. 225. ff. de verb. signif.* Vide *Menoch. de hac quaestione, de arbitrari. ind. quest. cas. 360.* ubi explicat conatus ad delictum quando & qua poenā puniatur. Facit huc locus qui extat apud *Arnobium. lib. 8. contra Gentes*, dum inquit, Vos scelera admittā punitis, apud nos & cogitare peccare est.

ASSERTIO LXIV.

Si aliquis ex domo inimici sui euaginato & sanguinolento gladio profugit, isque mox repertus sit vulneratus aut interfectus, hoc sufficiens indicium est ad inducendam condemnationem.

COMPROBATVR hāc assertio ex eo quod traditur in *l. ult. C. de probat.* ubi asseritur, quod in criminalibus causis ad condemnationem sufficiant indicia certa & indubitata. Atqui hāc praedicta indicia prorsus censentur esse indubitata, quae omninō mouent & arctant iudicem ad credendum, ita quod non possit in contrariam partem inclinare. Si enim aliquis reperiatur esse occisus in domo sua, nec tamen testes adsint, qui viderint illum occidi, sed reperiatur aliqui, qui viderint inimicum ex domo ejus profugientem cum euaginato & sanguinolento gladio, certē hāc tria signa & indicia, quod inimicus fuerit, quod fugerit, quod sanguinolento strictoque gladio armatus fuerit, sunt apertissima & indubitata signa, quae sufficiunt ad aliquem condemnandum poena mortis. Ita tradunt *Bart. in l. 3. nu. 1. ff. de furt. Bald. & Salic. ad l. ult. C. de probat.* qui referunt antiquum Doctorem quendam Bononiensem Piperatam nomine, publicē disputando hanc sententiam obtinuisse. Quae etiam confirmatur hoc argumento, quod in causis criminalibus exigantur probationes non solum ab accusatore; sed etiam a reo. *l. ult. C. de abolit.* Itaque si aliquo casu reus tenetur probare, praecipue hoc casu tenetur, quo contra ipsum tam violentae & magnae praesumptiones concurrunt ex inditijs manifestis, quae efficaciter animū iudicis mouere possunt ad condemnandū. Denique pro hac assertione plurimum facit, quod cum indicia manifesta ad condemnationem inducendam sufficientia, non sint specialiter legibus prodita, consequens est, ut arbitrio iudicis ea committantur. per *l. 1. in fin. ff. de iur. delib. l. 3. §. eiusdem. ff. de testib.* Vnde cum leges hāc indicia arbitrio & potestati iudicis permittant, certē hoc arbitrium prorsus tolleretur, si ex tam manifestis

manifestis prægnantibusque & indubitatis signis & inditiis, non posset iuxta reum criminaliter condemnare.

Opponitur huic decisioni *d.l.vlt. C. deprobat.* vbi lex ait in criminalibus causis requiri indicia indubitata & meridiana luce clariora. Resp. Ea dicuntur inditia indubitata, quæ urgent animum boni & constantis iudicis ad credendum, eaque sufficiunt ad condemnationem etiam in criminalibus causis. Atqui hæc prædicta indicia certò inflectunt animum iudicis ad eandem accusationi adhibendam. Neque enim requirimus in iudicijs criminalibus tam necessarias probationes, vt sunt demonstrationes mathematicæ. Alioquin nemo vnquam condemnaretur, & nulla probatio sufficeret, cum & testes possint esse falsi, & instrumenta eodem vitio laborare. Ideoque in proposito casu putarem reum pœna capitali condemnandum, nisi indicia obiecta purgaret, & innocentiam suam ostenderet. Hanc sententiam tuentur ad. *d.l.vlt. Bald. Salyc. & nouissimè Pacius*: à quibus dissentit *Gandinus in tract. de malefic. rubr. de presumption.* Angel. ad *l.vlt. C. Quod met. caus.*

ASSERTIO LXV.

Mandans aliquem vulnerari, si sequatur mors ex vulnere, non tenetur ordinariâ pœnâ legis Corneliæ, sed arbitrariâ.

ARGUMENTVM hujus decisionis hoc est, quia in lege Cornelia non punitur culpa, sed dolus. *l. in lege. 7. ff. Ad l. Corn. de sicar.* Atqui talis mandans non est in dolo, sed in culpa, quæ quidem culpa non sufficit, vt legi Corneliæ sit locus. Addi potest & hæc ratio, quia cum diligenter mandati fines in contractibus & priuatis negotiis sunt custodiendi, multò magis in delictis & criminibus mandati limites strictè & præcisè sunt obseruandi. Facit huc etiam *l. 3. §. adiectio. vers. sed ex SCto. ff. d. tur.* vbi scriptum extat, quod ea iussa fuit relegari, quæ non quidem malo animo, sed malo exemplo medicamentum ad conceptionem dederat, ex quo ea quæ acceperat, decessit.

Obijcitur *l. nihil interest. 15. ff. Ad l. Cornel. de sicar.* vbi dicitur, nihil interesse, an quis occidat, an verò mortis causam præbeat. Resp. Hic mandans non præbuit causam, sed tantum occasionem homicidij, quia iussit & voluit vulnerari, non occidi. Hæc duo, causa scilicet & occasio longè inter se differunt, Causa non potest esse sine effectu, sed occasionem quis potest præbere

præbere facto, licet factum vel euentus non sequatur. Contra solutionem instatur ex *l. qui occidit. 30. §. penult. ff. Ad l. Aquil. vbi dicitur, quod qui occasionem damni præstat, damnum fecisse videtur. Resp. Hec procedit in lege Aquilia, in qua non tantum dolus, sed etiam culpa punitur.*

Secundò aduersatur *l. si quis aliquid. 38. §. qui abortionis ff. de pæn. vbi qui poculum abortionis vel amatorium alicui dedit, licet dolo caruit, tamen in metallum damnatur, & si homo ex eo perierit, vltimò supplicio adficitur. Resp. Illa res est plena mali exempli, & longè grauius est veneno hominem è medio tollere, multoque perniciosior est humano generi mors, quæ veneno infertur, quam quæ armis vel gladio intentatur. tex. est notabilis in *l. 1. C. de malefic. & mathem. Ratio est, quia contra veneficia nemo sibi facile præcauere aut prouidere potest. Atqui contra apertam vim armis intentatam vel fuga, vel iusta armorum defensione se quis tueri potest, & ita cædem violentam declinare, & vim illatam propulsare.**

Vltimò obijcitur, quod vulgò dicitur, rei turpis nullum est mandatum, nec vires aliquas habet. *l. si rem uenerandi. §. rei turpis. l. si mandauero. §. qui edens. ff. Manda. Ergo nec mandanti delictum pœna extraordinaria est irroganda. Resp. Hæc non ita sunt accipienda, vt mandator impunitatem delicti speret, quasi non mandauerit, at eò pertinent, ne vllum ex eo mandato oriri possit iudicium inter mandantem & mandatarium, interim non obstat quo minus contra mandantem delictum eius nomine agatur, qui eius mandato vulneratus vel occisus est. Postremò notandum, quod aliud Iure Canon. decisum est, Ibi enim statuitur, quod si quis mander aliquem vulnerari, & mandatarius occidar, quod mandans teneatur de occiso. *c. vlt. de homicid. in 6. Cuius decisionis hæc ratio ibi redditur, quod mandans fuerit in culpa, & hoc euenire posse debuerit cogitare. Hanc decisionem tuentur Fachin. lib. 1. contro. iur. cap. 36. Menoch. de arbitr. iud. cas. 352. Vaudus lib. 2. quest. cap. 5.**

ASSERTIO LXVI.

Confessio vulnerati in articulo mortis, non est sufficiens indicium ad torturam.

QUOD confessio vulnerati in articulo mortis edita, non præbeat sufficiens indicium ad torturam, probatur manifestè per *l. 3. §. si quis moriens ff. Ad S. C. Syllan. vbi inquit Vlpianus non esse credendum domino, si moriens dixit à seruo vim mortis sibi esse illatam, nisi & hoc potuerit*

pruerit probari. Si ergo morientis domini confessio non potest præiudicare vel periculum adferre seruo, ad hoc vt ex ea tormentis possit subijci, multò minus extranei morientis confessio grauabit alium, vt contra ad torturam procedi possit, præsertim cum sit immensa potestas domini in seruos, & sint eis seruorum mores & facta maximè explorata. Et hæc sententia vsu forensi passim recepta & approbata est. teste *Claro in reposit. sententiis quæst. 21. vers. assertio vulnerati. Menoch. de præsumpt. lib. 1. quæst. 89. num. 7. Boer. 10. decis. 90. num. 7.*

In contrarium adfertur *l. ult. C. Ad l. iul. repet.* vbi dicitur, quod nemo præsumitur esse salutis æternæ immemor, præsertim in mortis articulo. Unde nemo præsumitur facile mentiri, & alicui moriturus periculum caritatis & vitæ velle inferre. Resp. Non est præsumendum morientem velle mendacium in alicujus perniciem proferre, & ita impœnitentem in peccato mortali discedere. At tamen nemo est tormentis & quæstionibus subijciendus, nisi certa & aperta argumenta & indicia sint in promptu, quibus iudex sufficienter inducatur ad torturam decernendam. Non præbet autem certum & probabile indicium ad torturam morientis confessio.

ASSERTIO LXVII.

Fures de se confessi non debent de socijs per torturam interrogari.

— VNDATVR & comprobatur hæc assertio in *l. repeti. 16. §. 1. ff. de quæst. & l. ult. C. accusat.* quibus legibus apertè deciditur, de se confessos non debere de aliorum criminibus per torturam interrogari. Subiungiturque ratio in *d. l. ult.* ne cum propriam salutem in discrimen induxerint, aliorum vitæ intentent. Sed huic sententiæ repugnare videtur *l. Diuus. ff. de cust. & exhib. reo.* vbi in hæc verba rescribitur. D. Pius sub edicto proposuit, vt Irenarchæ cum apprehenderint latrones, interrogent eos de socijs receptatoribus. Cum quâ sententiâ concordat *l. prouinciarum. C. de fer.* vbi statuitur, quod à latronibus proditio sceleratorum consiliorum per tormenta exquirenda est. Resp. Illæ leges disponunt & loquuntur de latronibus, qui à furibus distinguuntur: grauius namque & atrocius crimen est latrocinii quàm furti, cum latrones vias obsideant, prædentur & diripiant per vim non solum bona viatorum, sed etiam in vitam eorum sauiant, atque vires clam tantum bona & facultates auferunt. Itaque in crimine latrocinii possunt latrones interrogari de socijs, per tormenta de se confessi, quia tale

G g

crimen

crimen absque sociorum conspiratione rarò committitur, fures verò in caput sociorum torqueri non possunt. Hanc sententiam defendunt & ruerentur *Salycet. in l. ult. C. de accusat. Gomez. in vari. resol. cap. de probat. delict. num. 16. Fachin. lib. 9. contro. cap. 92.* Porro ita demum debet confessus de crimine latrocinii super aliorum conscientia interrogari, si aliqua præcedat præsumtio, puta publica fama, tunc enim socio accusato iniungenda est criminis purgatio. *l. 1. C. de questio.*

Secundò aduersatur hæc ratio, quod congruit officio præsidis purgare prouinciam malis hominibus, *l. 3. ff. de off. præf.* ideoque debet iudex furem de sociis interrogare, præsertim cum talia furtiva sunt, ut sine sociis non committantur, ut scilicet alii quoque criminis participes puniantur. Resp. Id debet præses curare & exequi juxta modos à iure permittos. Iura autem non permittunt de se confessos de aliis interrogari, nisi in criminibus exceptis, inter quæ furtum non numeratur.

Tertiò obijcitur *l. qui ultimò 29. in fin. ff. de pæn.* ubi traditur damnatos sæpe etiam idèò seruari solere post damnationem, ut ex his in alios questio habeatur. Resp. Intellectus illius legis restringendus est ad crimina excepta, iuxta mentem. *Salyc. in d. l. fin. num. 4.*

Quartò opponitur *l. prius. 17. ff. ad S. C. tum Syllanian.* ubi traditur seruum de nece domini inquisitum, ob hoc solum, quod de se confitetur, posse de mandante interrogari, ut indicet cuius mandato fecit, prout asserunt & tenent *Thom. Grammat. decis. 28. num. 11. Menoch. de arbitrar. iud. cas. 474. num. 36.* Resp. Illa lex intelligenda est quando contra aliquem socium particularem, vel contra mandantem præcedunt iudicia, quia tunc potest seruus de nece domini inquisitus nedum interrogari de consociis, verum etiam torqueri. Ita respondet *Ludov. à Peguera in decis. criminalibus. quest. 5. num. 10.*

ASSERTIO LXVIII.

*Iudex in arbitrariis criminibus potest imponere
pœnam mortis.*

QUÆRITVR & contenditur acriter à DD. An in criminibus, quæ iudicis arbitrio committuntur punienda, possit iudex extendere arbitrium suum vsque ad pœnam mortis naturalis. Et verior est sententia, quod iudex in criminibus, in quibus pœna ejus arbitrio infligenda committitur, possit imponere pœnam vsque ad mortem naturalem. Quæ

Quæ sententia variis legibus confirmatur, & primò per *l. sunt quedam. 9. ff. de extrad. crimin.* vbi est tex. expressus, quod iudex potest pœnam capitis, & sic mortis infligere illi, qui alteri mortem minatus est. Secundò eadem sententia confirmatur per tex. *in l. lex Iulia. §. hodie. ff. ad l. Iul. repet.* vbi statuitur, quod iudex qui pecuniam accepit ad hominem necandum, vel calore iracundiæ contra innocentem pœnam mortis protulit, capite sit puniendus. Tertiò suffragatur huic assertioni *l. sacri legi. ff. ad l. Iul. peculat.* vbi scribit Vlpia. proconsulem sacrilegos plectere, vt aliquos ad bestias damnet, alios igne comburat, alios verò in furcas suspendat. Denique hanc sententiam approbat *l. 1. & 2. C. de his qui latro. occult.* vbi contra eos qui latrones vel homicidas occultant, pœna mortis decernitur. Ex quibus legibus perspicuè patet, quod in criminibus quæ arbitrio iudicis punienda committuntur, vel quibus pœna extraordinaria irrogatur, iudex pœnam ad mortem extendere possit.

Sed aduersatur huic sententiæ *l. 1. ff. de fur. balnea.* vbi dicitur quod fures nocturni puniuntur extra ordinem, verum eorum pœna non debet excedere opus publicum temporarium. Ideoque non potest pœna ad mortem in arbitrariis criminibus extendi. Resp. Hoc fit propter criminis leuitatem, scilicet furtum, quia hoc iure ciuili non punitur capitaliter, vel pœna mortis. Atqui in grauioribus criminibus, vbi atrocitas delicti id exigat, iudex vsque ad mortem pœnam extendere potest. Adde quod *ICtus in l. 1.* limitet & restringat potestatem iudicis ad opus temporarium, cum ergò iudex habeat potestatem limitatam, non potest pœnam à lege impositam excedere. Alioqui si tam magna esset grauitas & atrocitas delicti, vt mereretur mortem, licet iudici arbitrium ad mortem extendere. Sic si quis iudicem sedentem pro tribunali vulneret, imò vel alapam ei infligat, pœna capitali propter atrocitatem criminis mulctari posset. Ita decidit *Bald. c. 1. §. iniuria. de pac. iura. firm.* Approbat *Maran. in disputat. legal. disput. 3. um. 13.*

Secundò opponitur. *l. 1. §. expilatores. in fin. ff. de effracto.* vbi statuitur iudicem posse ex arbitrio suo effractores, qui effringunt fores vt furentur, punire, eò quod in eos nulla specialis pœna legibus imposita est: sed tamen non potest in plebæis excedere operis publici pœnam, in honestioribus verò rélegationis pœnam. Resp. Lex etiam in eo casu restrinxit & limitauit potestatem iudicis, vt opus temporarium vel relegationem egredi non possit. Vnde in his casibus; quibus iudicis potestas ad certam pœnam est restricta, iudex non habet licentiam procedendi vsque ad mortem ex arbitrio. Ad hæc generaliter statuendum est, non aliter iudici licere pœnam vsque ad mortem extendere, nisi crimen sit tam atrox & enorme, vt pœnam

nam mortis mereatur, vel nisi pro simili delicto commissio solet in illo loco infligi & imponi pœna mortis. *arg. l. sunt quadam vers. hanc rem. ff. de extra. crimi.* cuius verba sunt. Hanc rem solent præfides grauitè exequi vsque ad pœnam capitis, quia & ipsa res mortem minatur. Hanc sententiam amplectuntur *Maran. in Speculo aureo. disp. 3. Gomez. in var. resol. c. 6. de iniuria. nu. 8. Fachin. lib. 9. contro. c. 45. Menoch. de arbitr. iud. lib. 1. quest. 86. num. 20.* Dissentiunt *Felin. in c. inquisitionis. de accus. Alex. conf. 121. in fi. lib. 7. Gravetta conf. 120. nu. 14. & conf. 224. num. 2.* Decius sibi contrarium in *l. qui iurisdictioni. nu. 9. ff. de iurisd. Afflict. decis. 276. nu. 9.* qui negatiuam sententiam defendunt, quod iudex non possit in arbitrariis arbitrium suum extendere ad pœnam mortis naturalis: sed contraria sententia magis est communis.

ASSERTIO LXIX.

*Furiosus de delicto ante furorem commissio
puniri potest.*

DISCEPTATUR à DD. An si quis tempore sanæ mentis homicidium vel aliud delictum committit, & postea in furorem incidat, an durante furore possit condemnari pœnâ mortis vel alia corporali pœna. Et verior, legibusque magis consentanea est sententia, quod etiam in ipso furore puniri possit, neque superueniens furor adferat illi delicti impunitatem. Quæ sententia apertis textibus & iustissimis rationibus confirmatur: Primò pro hac parte est expressus textus in *l. Diuus Marcus. ff. de off. præsid.* cuius verba sunt hæc. *Si verò ut assolet, interuallis quibusdam sensu sanior est, & forte eo momento scelus admisit, morbo eius non est danda venia.* Secundò probatur hæc decisio ex eo, quia cessat omnis ratio defensionis & excusationis, cum tempore habili & sana mente præditus deliquerit. Tertiò confirmatur hac ratione, quia in pœnis delictorum semper attenditur, qualis conditio rei fuerit tempore admissi criminis, non verò, quæ conditio fuerit tempore dicendæ sententiæ. *l. 1. ff. de pœn. l. iniuriarum. 21. ff. de viur.* Quartò comprobatur hanc sententiam, quod iure decisum extat in *l. vlt. §. sed cum antiquitas. C. de curat. furios.* quod si filius commiserit aliquam causam ingratiitudinis, & post tempus furere cœperit, nihilominus ex hæc duci potest, qui furiosus est, quia sanus deliquit. Hanc sententiam defendit *Gomez. lib. 3. var. resol. c. 1. nu. 70. & 72.* præsertim in hoc casu si delictum sit valdè enorme. Quo loco subiicit, quod ex ista causa Serenissima Regina

Castellæ

castellæ fecit puniri hominem furiosum, qui intulerat vulnus Serenissimo Regi Ferdinando marito suo. Attamen in contrariam partem, quam stat magis esse communem postea inclinatur. Hanc sententiam approbat *Vaudus lib. 2. varia. quæst. c. 7.* Dissentit *And. Gall. lib. 2. Obs. c. 110.* ubi tractat moribus nostris non observari, ut furiosus de delicto ante furorem commissio puniatur. Idque ea ratione, quia furiosus pro mortuo habetur. *honorum 24. ff. Rem. rat. hab.* At mortuus non potest post mortem regulariter condemnari aut puniri. *l. defuncto. ff. de pub. iud.* Ergo nec furiosus post furorem puniri potest, quia mortuo similis est.

Aduertatur huic decisione *d. l. Diuus. ff. de off. præf. l. pæna. §. sanè. ff. Ad l. Pomp. patric. & l. infans. ff. Ad l. Corn. de sica.* Quæ leges vnanimi consensu statuunt furiosum ob commissæ delicta puniendum non esse, tum quia fati infelicitas eum excusat, tum quod satis grauitur ipso furore punitur. Resp. hæc leges ita demum furioso impunitatem delicti indulgent, si eo tempore deliquit, cum furis agitabatur, iudicii que & voluntatis expers erat, & consequenter talis, qui delinquere nullo modo potuit. Tunc enim fati infelicitas furiosum excusat, sicut infantem innocentia consilii. *d. l. infans.*

Secundo opponitur *l. 2. §. furiosus. ff. de iur. cod. l. ubi non voce. 124. §. vlt. de R. I.* ubi traditur, quod furiosus habetur loco absentis, atqui absentes in criminibus pœnâ mortis vel corporali condemnari non possunt. *l. absent. m. 5. ff. de pœn.* Ergo nec furiosi. Resp. Primò dicendum, quod fictè & in iura significatione furiosus loco absentis habetur: deinde in iis demum actibus & negotiis furiosi loco absentium habentur, in quibus consensus necessariò requiritur, ut puta in contractibus, testamentis, delictis, quæ quia non possunt iniiri & committi nisi à consentientibus, & sano iudicio præditis, fit, ut in iis furiosi absentium loco habeantur. At verò, quia iudicia redduntur etiam in inuitum. *l. 83. §. 1. ff. de P. O.* hinc fit ut in iis furiosus non habeatur pro absente, quando scilicet agitur & pronuntiatur de delictis, quæ reus ante furorem, tempore sanæ mentis commisit.

ASSERTIO LXX.

Pœna non est minuenda ob id, quod à longo tempore delictum perpetratum fuit.

NON debet aliquis pœnæ diminutionem vel allevationem consequi, eò quod multum temporis à perpetrato crimine intercessit. Non enim longi temporis præscriptione impunitas criminum acquiritur, imò crimina quo diutius impunita manserunt, grauius potius vlciscenda censentur. Sic enim ipse Deus cum humano genere agere solet. Lento namque gradu ad vindictam in hominum peccatis animaduerrendis diuina procedit ira, sed tarditatem supplicij pœnæ grauitate compensat.

Obijcitur huic sententiæ *l. si diutino. ff. de pœn.* vbi traditur, quod si diutino tempore aliquis in reatu fuerit, aliquatenus pœna subleuanda erit. Vnde colligunt Accursi. Bart. & alii DD. minuendam esse pœnam ei qui crimen admisit, si longum tempus præterierit à perpetrato facinore. Resp. Ea non est sententia legis, quod criminis pœna sit subleuanda propter temporis diuturnitatem, sed quod reus qui longo tempore in reatu extitit, hoc est in tristi & sordido statu constitutus, quo solent accusati de crimine & in reos relati constitui, hoc mitius puniri debet. Reatus namque est habitus, qui tristem vultum ac vestitum reorum declarat, in quo sunt rei, donec absoluantur vel condemnentur. Solent enim inter reos relati in conspicuâ & miserandâ quadam calamitate constitui, vt scilicet squalore & illuvie confecti, promissâ barbâ, capillo intonso, habitu pannofo & sordido incederent, & sic misericordiam iudicum aucuparentur. Hic habitus pannosus & demissus status nomine reatus, non verò ipsum crimen significatur: *l. vlt. ff. Ad l. lul. Maiest. l. vlt. §. de illo. ff. de bon. eorum qui sibi morte.* Itaque *d. l. si diutino*, vult eum lenius puniendum, qui diutius in eo miserabili statu reatus fuit constitutus. Nam antiquis hæc diuturna & miseranda calamitas, pars pœnæ, nec injuria visa fuit. Ita responder *Coras. lib. 2. Miscel. c. 20.* Vide larius de hac quæstione *Fachin. lib. 9. contro. c. 38.*

ASSE R

ASSERTIO LXXI.

Pœnæ capitalis appellatione vel mors vel deportatio continetur.

CAPITALIS pœna in iure dicitur, quando crimini vel pœna mortis naturalis, vel deportatio, quæ mors civilis dicitur, irrogatur. text. sunt expressi in *l. sed & si quis 4. in princ. ff. Si quis caut. l. edict. 10. § rei capitalis. ff. de bon. poss. l. qui cum natu. maior. 14. § is demum ff. de bon. liber. l. 2. ff. de pub. iud. l. capitalium. 28. ff. de den. Atque hæc est communis & recepta DD. opinio, teste Muscorno in tracta. de iurisd. num. 88. Quæ sententia præter allegatos locos etiam luce clarius probatur in *l. licet. 103. de V. S.* in quâ disertè scribit in hæc verba Modestinus. Licet capitalis latinè loquentibus omnis causa exstimationis videatur, tamen appellatio capitalis, mortis vel amissionis civitatis est intelligenda.*

Porrò sunt interpretes qui diuersam sustinent sententiam, & statuunt pœnam capitalem de naturali morte tantum intelligendam esse. Vnde quoties iudex pœnâ capitali reum damnauit, eum pœnâ mortis naturalis efficiendum esse defendunt. Quæ sententia non est recipienda.

Adferuntur autem pro contraria opinione hæc argumenta. Primò adducitur *l. sunt quadam. 9. ff. de extraord. crim.* vbi Vlpianus tradit pœna capitis eos esse puniendos, qui *σκοπελίσμον* committunt, quia & res ipsa mortem comminatur. Responso ad hanc legem facilis est. Nam verba ipsa, quia & res ipsa mortem comminatur, satis nobis indicant, eum de morte naturali pœnam capitis eo in loco intelligere voluisse.

Secundò opponitur *l. qui eadem. 16. ff. Ad l. Corn. de sic.* in qua dicitur, eos qui eadem admiserunt, si in aliqua dignitate positi sunt, deportari, si vero inferioris gradus sint, capite puniri debere. Ibi pœna capitalis tantum de morte, non verò de deportatione accipitur. Resp. Capitis pœna strictè eo loco intelligenda est, quia ad deportationis differentiam appositæ est. Eodem modo solui potest, quod obijciatur ex *l. fin. ff. de incend. ruin. naufr.* vbi eorum pœnæ distinguuntur, qui consultò incendium commiserunt, & alii bestiis obijciuntur, alij capite puniuntur, alij denique in insulam deportantur. Postremò in contrarium adfertur hæc ratio. Verba, præsertim cum dubii sumus, in propria atque naturali debent accipi significatione. *l. fin. C. de iis qui ven. eta.* Sed capitalis pœna caput hominis propriè significat, ergo de illo intelligere est necesse, scilicet de amissione capitis, seu morte naturali.

naturali. Resp. Regula illius legis locum non habet, cum de pœnis infligendis agitur, quia benignior semper in pœnis irrogandis accipienda est interpretatio. *l. penal. ff. de pœn.*

ASSERTIO LXXII.

Pœna non debet egredi delinquentem, sed suos debet tenere auctores.

REGULA hæc & legibus civilibus, & diuinis præceptis confirmatur & stabilitur. Sic enim Deus expressè per Prophetam *Ieremiam cap. 31. vers. 27.* & *Ezechielem cap. 18. vers. 2.* & 20. sancit, quod anima quæ peccauit, ipsa morietur, & filius non portabit iniquitatem patris, & pater non portabit iniquitatem filij. Hoc enim & diuinæ & humanæ iustitiæ consentaneum est, ne quisquam pro alieno delicto gratetur, & pœnas luat. Vnde & in *l. sancimus. C. de pœn.* statuitur, ne pœna transferatur in alios adfines vel cognatos, sed teneat authorem peccati. Ibi namque debet residere pœna peccati, vbi noxa est, id est, vbi delictum est admissum, nec vterius debet pœna progredi, quam delictum perpetratum reperitur. *Concord. l. crimen. 26. ff. de pœn.* vbi sancitur, quod crimen vel pœna paterna nullam maculam filio infligere potest.

Sed in hac questione pugnant duo loca sacræ scripturæ. Nam apud *Ezech. d. c. 18.* statuitur. Filius non portabit iniquitatem patris, sed quisque in peccato suo morietur. Contrarium affirmatur. *Exodi 20. vers. 5.* vbi Deus ait, se persecuturum iniquitatem patrum in filios in tertiam & quartam generationem. Resp. Hoc quomodo intelligendum sit, lex ipsa satis declarat. Nam additur odio habentes me. Verba textus quæ habentur *Ezech. cap. 18.* hæc sunt. Ego sum Deus æmulator, reddens iniquitatem patrum in filios, in tertiam & quartam generationem, iis, qui oderunt me. Vnde apparet non alios filios portaturos esse peccata maiorum, nisi qui illorum fuerint similes. Nam si ab eorum prauitate discedant, illorum peccata non portabunt. Hinc Deus *Deuter. cap. 24.* mandauit, ne filij pro parentibus occiderentur, aut parentes pro filiis. Vnde & pulchrè. Hieron. ait. Vindicat iniquitatem patrum in filios, non quod malos parentes habuerint, sed quod imitati sint patres. Tum enim filius portabit iniquitatem patris, quando ille itidem peccauit vt pater.

Secundò aduersatur locus *Iosue. 7.* vbi non tantum Ahas fuit occisus propter anathema quod sustulerat, verum etiam vna cum eo & filij & filia,

dia, & pecora. Resp. Hoc factum est singulari jussu Dei, nec legi in vniuersum lata præjudicat. *Mart. lib. 2. loc. com. cap. 1. num. 35.*

Obijcitur etiam *l. quisquis. §. filii. C. Ad l. Iul. maiest.* vbi sancitur, quod filii eorum læsæ majestatis, h. e. quorum parentes contra Principem vel Remp. conspirarunt, graui pœnâ afficiuntur. Nam ex nullâ successione testati vel intestati possunt accipere aliqua bona, deinde perpetua infamia eos comitatur, neque ad vlllos honores vel dignitates adspirare possunt. Resp. singulari jure in filios reorum læsæ majestatis tam grauis & acerba pœna est statuta, partim quia in filiis, paterni, hoc est hereditarii criminis exempla metuntur, partim verò vt alii hac grauitate pœnæ ab eo immani crimine, quod totum statum Reipub. vel ciuitatis euertit, deterreantur.

ASSERTIO LXXIII.

Ab interlocutoriâ sententiâ non appellatur.

TRADITVR passim in jure pro regula generali, quod ab interlocutoria sententia non appellatur, sed demum à definitiua, quæ decisio probatur in *l. ante sententia. C. Quorum appellat. non recip. l. eos. §. super. C. de appel. l. vlt. C. de senten. l. liberis. 7. in fin. ff. de liberal. caus. l. apertissimi. C. de iudic.* Porro à hac quæstione differentia obseruanda est inter jus ciuile & Canonium, nam jure ciuili non appellatur ab interlocutoria. Jure Canonico erò non solum ab interlocutoria sententia, sed à quolibet grauamine licet appellare. *cap. super eo. 2. ext. de appel. c. 1. c. cum Romana. 3. de appel. in 6.*

Huic decisione primò repugnat *l. 2. ff. de appel. recip.* vbi traditur, quod quoties judex in ciuili negotio decreuit quæstiones seu tormenta adhibenda, vel in criminali causa contra leges hoc statuerit, tunc appellari potest etiam ante sententiam. Similiter obstat *l. arbitro ff. Qui satisf. cog.* vbi si per iudicem interlocutum est, fideiussores à litigantibus datos esse idoneos, vel non, ab ea sententia appellatur. Resp. Quoties grauamen illatum per sententiam interlocutoriam non potest reparari per definitiuam, tunc permissa est appellatio ab interlocutoria, vt in prædictis casibus accidit: si verò potest reparari, est illicita appellatio.

Secundò obijcitur *l. intra utile. 39. ff. de minorib.* vbi cum minor petiisset restitutionem in integrum, & probasset ætatem minorennem, judex quæcumque pronuntiasset esse minorem, ab hac interlocutoria licet appellare. Resp. sub distinctione. Aut talis est interlocutoria sententia, quæ perimit totum negotium, & tunc licet ab ea appellare, vt contigit in *d. l. intra utile. & in Costal.* Aut interlocutoria sententia totum negotiū non perimit, & tunc

Hh

non

non poterit ab ea appellari. *tex. in d.l. ante sententia. C. Quor. appel. non recip. & ibi pulchrè notat additio ad glossam. l. 2. C. de epis. audien.* Ita responder *Bart. ad l. 2. num. 1. ff. de appel. recip.* Ita decedit quoque *Minsing. cent. 3. Obs. 35.* ubi notat quod quando interlocutoria sententia perimit totum negotium, tunc ab ea potest appellari. per *l. ait Prator. 7. §. per mittitur. ff. de mino.* ut puta quando iudex pronuntiat ut debitores minorum solvant eis sine curatoribus, vel quando iudex pronuntiat se esse competentem iudicem, vel non, vel denique quando per sententiam interlocutoriam quis absoluitur ab observatione iudicii.

ASSERTIO LXXIV.

In criminalibus causis etiam admittitur appellatio.

PROPOSITIO hæc manifestè probatur in *l. eos. 6. l. addictos 29. C. de appel. l. addictos. 7. in fin. C. de epis. audien. l. non tantum. 6. ff. de appell.* Porro manifestè conuictus & confessus de crimine non appellat, at confessus in criminali causa tantum, regulariter appellat. Idem est, si non sponte sit confessus, sed meru tormentorum? tunc enim quoque appellari potest. *l. 2. C. Quor. appel. non recip.*

Opponitur primò *l. constitutionibus. 6. ff. de appellat.* ubi dicitur latrones, seditionum concitatores, & factionum duces non posse appellare. Resp. Ideò hi non appellant, quia interest Reipub. propter atrocitatem criminum, hos sine mora & statim puniri, ne suis factionibus & conspirationibus Rempub. opprimant. Sic ob similem causam raptores virginum & matronarum non appellant. *l. vnic. in fin. princ. C. de rapt. virg.* Item falsi monetarii *l. 1. in princ. C. de fals. mone.* De generali tamen consuetudine Germaniæ in criminalibus causis non admittitur appellatio, ut notat *Wesenb. in paratit. de appell. recip. Ord. Cam. par. 2. tit. 28. §. Item nach dem auch.*

Secundò opponitur *l. si qua pœna 244. ff. de v. s.* ubi traditur, quod à pœnis non admittitur pronocatio: simul atque enim quis de aliquo crimine conuictus est, statim eius maleficii pœna, quæ à lege statuta est, debetur. Itaque si quis à pœna à legibus pro crimine statuta appellaret, videtur de iniquitate legum conqueri, quod non est admittendum. Resp. Hodie pœnæ delictorum certò non sunt amplius legibus definitæ, sed potius consistunt in arbitrio & potestate iudicis, qui potest eas pro delicti qualitate & circumstantiis extra ordinem augere vel minuire. *l. hodie 13 ff. de pœn.* Ideòque hodie etiam in criminalibus causis seu pœnis delictorum admittitur de iure scripto appellatio. Ita tradit *Cuiat. lib. Obs. 8. c. 33.*

ASSERT-

ASSERTIO LXXV.

Bella iure Diuino inter Christianos licita sunt.

QUOD sacris literis bella etiam Christianis permiffa fint, variis & diuerfis sacrae fcripturae locis demonftrari poteft, fed ex multis tantum fufficiat hos tres adduxiffe. Primò probatur hæc fententia ex *Luca cap. 3.* vbi cum milites à Johanne Baptifta confilium falutis expetiiffent, refponfum iis eft, vt neminem concuterent, nemini iniuriam facerent, fed propriis ftipendiis contenti efferent. Si Chriftiana difciplina omnia bella damnaret, hoc potius confilium dediffet militibus falutis viam petentibus vt arma abijcerent, feque militiæ subducerent. Certè quibus proprium ftipendium fufficere præcepit, militare vtique non prohibuit. Ita eruditè fcriptum reliquit *D. Auguftin. epift. 5. ad Marcellin.* Secundò pro defenfione hujus fententiæ ad fertur locus ex *2. Samuel. cap. 10.* vbi Joab tribunus militum populi Ifraelitici, & fi euentum prælii in manu arbitrioque Dei effer agnofcit, non tamen inertia fe dedit, fed aciem inftituit contra hoftes, & quod fui officii erat, fedulò executus eft, Domino autem permittit euentum moderari. Vnde fic proloquitur. Stabimus fortes pro gente nofta, & vrbibus Dei nofti, Dominus autem faciat, quod videtur bonum in oculis ipfius. Tertiò *Deuter. 20. cap.* à Moyfe militares leges præfcribuntur in pugnis & obfidionibus. Nam conceditur Judæis, quibufcunque Populis, qui fe in deditiõem eorum dediffent, tributum imponere, eos verò quos obfidione caperent, gladio ferire & prædari. Quod tamen ita intelligendum effer conftat, fi belli inferendi iuftæ & probabiles caufæ extitiffent. Denique bellum etiam iuftè & licitè ex ordinatione mandatoque Dei geri poffe, patet ex definitione belli, quæ ita rectè traditur, quod bellum effer diffenfio hoftilis, qua edicto Principis vi & armis fcclera coërcentur, vt homines pacatè & tranquillè ex iuftitia & pietate viuere poffint. Bellum igitur, quod edicto Principis in eum finem indicitur, vt iuftè pieque viuatur, iuftum & licitum effer. Hinc *Auguftin. quæft. 10. in Iofue* ait, ius effer petere bello gentem aliquam quæ neglexit corrigere id, quod turpiter effer admißum, & addit belli caufam iuftam effer, fi ablata per iniuriam non reddantur. Idem recitatur in *c. dominus 23. qu. 2.* *Isidorus quoque lib. 17. cap. 1.* ait. Bellum rectè fufcipi, vel de rebus repetendis, vel propulfandis iniuriis.

Contra hanc fententiam infurgunt Anabaptiftæ; & prætendunt omninò non licere bellum gerere, & in eam rem proferunt argumenta quædam ex facris literis, quæ ordine refutabo.

Hh 2

Primò

Primò obijciunt hoc modo. Bella suscipiuntur ad vindicandas injurias: sed non licet nobis injurias vindicare, ergo nec bellum gerere. Assumptio- nem probant. ex. *cap. 5. Matthai*, vbi Christus inquit, Si quis tibi in pegerit alapam in maxillam dextram, porrige illi & sinistram, si quis tibi tunicam eripuerit, dato illi & pallium, & postremò concludit. Nolite resistere ma- lo. Item Christus Petro respondit, *Matth. 26.* Qui gladio ferit, gladio peri- bit. Resp. Hisce testimoniis & præceptis Christus eripit priuatis homi- nibus studium vindictæ, non verò magistratum exarmat, cui gladium de- dit ad vindictam nocentium & laudem rectè agentium. *Rom. 14. vers. 4. 1. Petr. 2. 14.* Itaque in prædictis locis Christus instituit Apostolos, quos non erat factururus magistratus, sed missurus in orbem terrarum, tanquam agnos inter lupos: proinde docet, quid illos oporteat expectare, quod videlicet omnes qui in Christo piè viuere volunt, persecutionem pati cogantur. *2. Timo. 3.* Magistratui autem commendat gladiū ad vindictam malorum. *Rom. 13.* Quod autem Christus Petro dixit, Reconde gladium, qui gladio ferit, gladio peribit, iusta de causa respondit, nam Petrus priuatus erat, & malo spiritu mouebatur. Adhæc Petrus erat constitutus à Deo pastor ani- marum, & præco Euangelij. Vnde non debuit priuatæ vindictæ gratia gladium stringere.

Secundò in contrarium adducitur locus ex *Matthæo cap. 7.* vbi Christus inquit, Nolite iudicare, & non judicabimini. At ille qui alteri bellum in- fert, eum contra quem pugnat, iudicat, & vsurpat sibi munus & auctorita- tem Dei, & iudicat alienum feruum. Resp. Christus ibi non sustulit omne genus iudicii, sed illos reprehendit, qui aliorum errata tantum obseruant & diuulgant, non vt eos emendent, sed potius vt traducant & maledictis infestentur. Hoc quoniam ex odio, inuidia & superbia nascitur, Christus taxat. Idque Christum sensisse ex sequentibus apparet: dum inquit. Elice prius trabem ex oculo tuo, vt videre possis & tollere festucam ex oculo fratris tui. Nam alias aperta delicta, vt furta homicidia & adulteria, si mo- do absit amarulentia & excandescencia, licet nobis condemnare, quia Deus ipse eacondemnat.

Tertiò adfertur locus *Pauli 1. ad Corinth. cap. 6.* vbi ait Apostolus, Jam igitur omninò impotentia in vobis est, quod iudicia habetis inter vosmet ipsos: quin potius damnum accipitis, quin potius iniuriam patimini: quod si non licet litigare, multò minus licet bellum gerere. Respond. Paulus non tollit omnia iudicia, sed tantum ea quæ exercebantur à Christianis apud tribunalia Ethnicorum magistratuum. Sed instatur contra respon- sionem. Imò Paulus prorsus à iudiciis homines reuocat, dum inquit, Cur non potius damnum sustinetis, cur non potius iniuriam accipitis. Resp. Vult

Vt Apostolus, vt odium tantum & acerbiteriam inimicitiarum, quæ in excendis litibus interuenire solent, deponant litigantes. Alioqui, quod legare liceat, apparet satis ex eodem Pauli loco. Is enim monet tenuior homines in ecclesia deligendos, qui cognoscant fratrum causas.

Quartò depromunt aduersarii pro sua sententia locum *Ioan. cap. 14.* vbi Christus inquit, pacem meam do vobis. Item citant locum *Pauli ad Romanos 12.* Cum omnibus hominibus pacem habete. Si Christus nobis pacem suam reliquit, ergo non licet bellum gerere. Resp. Christus ibi per pacem intelligit pacem conscientiarum: Hanc Christus nobis pretiosa sua morte & resurrectione peperit: præterea mandauit etiam pacem hominibus inter se colendam, sed hæc nihil pertinent ad magistratum, vel gladium à Deo commissum.

Quintò adducitur locus ex *Esaia cap. 2.* & *Mich. 4.* vbi Prophetæ aiunt Iaceas conuertendas esse in vomeres, & gladios in ligones. Resp. Istis verbis denuntiant Prophetæ summam pacem & tranquillitatem inter homines, cuius fœlicitatis habemus quidem in hac vita inchoationem quandam, sed complementum in vita æterna sentiemus. Et quidem si homines viuerent, vt Christianos decet, nihil opus esset gladio, vel armis, que bella vnquam inter homines excitarentur, si prout deberent homines, Christum piè sanctèque colerent.

Sextò & vltimò arguitur in contrarium, quod bella nostra spiritualia tantum esse debent, ideo *Paulus ad Ephes. 6.* instruit nos armatura Dei. Item *Paulus 2. ad Cor. 6. 10.* inquit, Arma nostræ militiæ sunt spiritualia, quia non est nobis dimicatio aduersus carnem & sanguinem, sed aduersus cœlestes principatus. Resp. Verum est, quod arma nostra sunt spiritualia, quatenus Christiani sumus, sed quatenus homines sumus, noluit Apostolus arma impere magistratui. Quod autem subnectit Apostolus non esse nobis luctam aduersus carnem & sanguinem, hoc non absolutè, sed ex collatione recipiendum est, quod scilicet hæc lucta cum carne & sanguine nulla sit, si cum altera illa spirituali conferatur. Plura de hoc argumento solidè & doctè tractat *Mart. in loc. com. class. 4. cap. 16.* & *libro 2. Regum. cap. 2.* ex quo pluma me mutatum esse ingenuè profiteor.

ASSERTIO LXXVI.

Duella iure Diuino & humano sunt prohibita.

DVELLVM est pugna duorum, suscepta ex pacto & mutuâ voluntate alterum occidendi, siue priuato consilio, siue publico permissu. Hæc duella primo iure Romano sunt prohibita, idque probatur per *Lynic. C. de gladiato. lib. II.* vbi Imper. planè prohibet, ne cruenta spectacula in otis & quiete exercentur, ideòque gladiatores omninò à Repub. excludit. Idem statuitur in *Lynic. C. Ut armis. vsus in sc.* Princip. sit interd. vbi seuerè Imperator armorum portandorum siue mouendorum copiam, sine Principis veniâ interdicat. Idem statuit Imper. in *No. 85. de armis. Fac. l. in arenam xi. C. de inoff. test.* vbi prohibetur ne quis in arenam sponte prodire possit, vt cum aliquo pugnet, aut armis decertet. Ad hæc Iure Canonico in totum quoque duella districtè sunt interdicta. per *cap. 1. 2. & ult. ext. de purg. vulg.* vbi planè duella inter Christianos prohibentur propter duas rationes: prima est, quia per ea sæpe innocentes & absoluendi condemnantur. Vincit enim in duellis plerumque non iustior, sed robustior, & exercitior. Secunda est, quia cum huiusmodi probatio & diiudicatio causæ per duella sit dubia & fallax, per ea Deus tentari censetur, quia committitur salus publica vel priuata fortuito euentui pugnae. *c. monomarchiam 2. q. 4. & ibi Glossa.*

Sed opponitur huic decisioni locus *1. Samuel. cap. 17.* vbi sanctus & pius rex & propheta David prouocauit Goliath ad duellum. Quod factum scriptura non improbat, sed prorsus commendat: testatur enim dicto loco Samuel, quod David abstulit probum ab Israël, & vindicauit præputiatum Philisteum, qui probro affecerat acies Dei viuentis. Resp. David hoc fecit singulari reuelatione Spiritus sancti, & ex instinctu Prophetico. Igitur hoc singulare factum Davidis non est imitandum, neque in exemplum trahendum.

Secundò arguitur in contrarium hoc modo. Sortes sunt licitæ, in quibus euentus causæ seu negotij committitur fortunæ. Ergo etiam permisum est calumnias & odia aduersariorum finire per euentum ancipitis pugnae in duello. Resp. Hæc sunt valde dissimilia: primò quia in sorte non est periculum cedis, secundò non adhibetur fors in veritatis inquisitione, sed in diuisione rerum.

Tertiò opponitur. Jonas fuit eiectus ex naui ad euitandum naufragium ex iudicio sortis. Ergo etiam de innocentia & vitâ hominis statuere licet ex euentu

ex euentu fortuito. Resp. Hæc sortitio & ejectio Jonæ fuit facta ex singulari instinctu diuino, & tamen cum formidine, ideoque non sine peccato nauarum est commissa.

Quartò aduersatur hoc argumentum. Prælio rectè licet decernere, vbi iure res non potest expediri. Ergo & monomachia. Resp. Negatur consequentia propter dissimilitudinem. Nam in bello totis viribus defenditur iustitia, at in monomachiâ temerario fortunæ euentui causa committitur. Ita eleganter tradit *Ursinus in exercitat. Theolog. quest. 11.*

Quintò opponitur *l. 7. §. si quis in colluctatione. ff. ad l. Aquil.* vbi traditur, quod si quis in colluctatione aliquem occidit, non tenetur lege Aquilia. Resp. Ille §. loquitur de colluctatione facta in certamine publico, puta inter hostes, vel à Principe inter priuatos virtutis causa concessio, eo casu permittitur duellum. Jure tamen Canonico istæ concertationes virtutis causa interdictæ sunt. *c. 1. & 2. ex de torneament.* Alciatus aliter in libro de singulari certamine respondet, ideò colluctationes esse permissas, quia vix in eo ludo quisquam occidi poterat. Non enim armis aut fustibus, sed pugnis, calcibus, cubitis, nudi & in cæno vel arena se volutantes & inuicem supplantantes certabant.

Vltimò obijciatur ex jure feudorum. *c. de pace tenend. & ejus violat. §. si quis hominem*, vbi Imp. Fridericus permittit, vt si quis homicidij ab aliquo accusetur, & si se innocentem asserat, possit se duello purgare. Resp. Eo tantum singulari casu permisit Imp. duellum, quando quis non voluntariè sed casualiter, & ad vitæ suæ defensionem cædem admisit, videlicet si ab altero prouocatus ad pugnam, vitam suam defendit duello, & ita ad sui defensionem tantum duellum conceditur. Quod cunque enim quis ob tutelam sui corporis fecit, id jure fecisse existimandus est, *l. vi vim. ff. de iust. & iur. l. 1. C. Vnde vi. Iaco. de Belvizo ad d. §. si quis hominem*. Itaque cum hoc singulari casu tantum pro innocentia suæ probatione, & in casu necessaria defensionis admittatur duellum, in contrarium obtinet jus commune, quo omni jure tam diuino quam humano duella sunt prohibita, & ne quidem à magistratu concedi debent, quia injustæ cædes innocentum ex duello oriuntur, quas magistratus præcauere & auertere debet. Vide latius de hac questione disputantem *Martyrem in loc. commun. claf. 4. cap. 18. De singulari certamine seu duello, & lib. 1. Samuel. cap. 17. Bodin. lib. 4. de Repub. cap. vlt.* vbi notat quod Henricus II. Rex Gallia, qui monomachiam decretam, magno illustrium virorum concursu terminari non sine acerbissimo dolore viderat, lege perpetua in posterum controuersias duello dirimi vetuit Anno 1584. additque ibi, Bodinus quod legibus Hispanorum duelli nulla iusta causa probatur.

ASSER-

ASSERTIO LXXVII.

Qualiber ciuitates tempore necessitatis subditis suis collectas imponere possunt.

VN A QVÆQVE ciuitas, vniuersitas, collegium, licet non habeat regalia, tamen tempore necessitatis ciuibus suis collectas imponere potest. Nam hoc non est de regalibus. Probatur hoc per l. 1. §. quod si nemo. ff. Quod cui vni. no. vbi dicitur, vniuersitatem, societatem, collegium arcam communem habere posse. Similiter in l. omnes. C. de oper. publ. Imprescripserunt, incolas ciuitatum nouos muros debere facere, & veteres firmiter renouare, impendijs ad hoc ordinandis: hoc est collectis imponendis: vt Bart. interpretatur in l. 1. C. de mulier. & in quoloco lib. 10. Idem probat Gloss. in d. l. 1. §. quod si nemo, in verb. proconsul. vbi inquit, Si nihil ciuitates habent commune, coguntur facere collectam, vt aliquid commune habeant. Idem tradit Gloss. in No. quib. mod. nat. eff. sui. §. si quis igitur. in verb. persoluit. Nota ait, quod villæ & castra sub ciuitate collectas facere possunt. Quod & disertè confirmat Bart. in l. placet. nu. 13. C. de SS. eccles. dum inquit, Ciuitates quæ merum imperium præscripserunt, collectas imponere possunt. Idem Bart. in l. vnic. num. 2. C. de superindicto. lib. 10. Ciuitas inquit, pro necessitate imponere collectas potest, & cogitur. Eandem sententiam amplectuntur Bald. Iason. Angel. Alex. Costal. in l. 1. ff. Quod cui vni. no. vbi Angelus refert se hanc quæstionem Paduæ de facto habuisse & obtinuisse, quod villæ & ciuitates pro suis necessitatibus collectam indicare possunt. Sequuntur multi alij pragmatici relati à Borcholt. ad. c. vnic. Quæ sint regal. num. 53. & 54. in vsibus feudorum. Sic vniuersitas potest imponere collectas pro dissoluendis debitis expediendis, litium impensis, & alijs similibus rebus. Similiter pro refectione & munitione viarum publicarum ciuitatis ciuibus collectæ imponi possunt, pro quantitate patrimonii. Bart. in l. 2. nu. 3. C. de immunit. nemini conced. lib. 10.

Aliis interpretibus contraria sententia placuit, quod scilicet ciuitates jus imponendi collectas non habeant. Ita statuit Alberic. in rubr. de mun. & honor. num. 56. Iacobin. de S. Georg. in feud. super verb. cum mero mixtoq; imperio. nu. 16. Qui suam sententiam comprobant hoc argumento, quod impositiones collectarum sint de regalibus, ideoque soli Principi competant. per c. vnic. in verbo vectigalia. In vsibus feud. Verum contraria sententia & verior est, & legibus magis consentanea, pluribusque DD. auctoritatibus confirmatur.

Nec

Nec obstat, quod impositio collectarum videatur esse de regalibus, ideoque solis Principibus non recognoscentibus superiorem, & Imperatori eas indicendi potestas videtur concessa. Nam quoties indicuntur collectæ extra casum necessitatis pro utilitate publicâ, veluti ut donetur aliquid Principi in ejus nouo aduentu, vel ut noua aliqua domus pro ciuitate extruatur, tunc impositio collectarum est de regalibus, & soli Principi hoc jus reseruatum est. Cum autem necessitatis causa collectæ imponuntur, tunc non pertinent ad regalia, & possunt imponi atque constitui à ciuitatibus absque Principis consensu. Ita vnanimi consensu receptum est

DD. referente *Guidone Papa in decisionib. Graciano politanis. quest. 87. vt testatur Borcholt d. loco.*

Non obstat *l. vnic. C. de super indicto. lib. 10.* quæ videtur velle, quod nemo possit collectas imponere nisi solus Imperator, aut nisi fiat cum consensu Imp. vel Principis. Nam ille text. intelligi debet de collectis imponendis in toto imperio, & pro necessitate seu utilitate publica totius imperii, sed pro necessitate vnius prouinciæ vel ciuitatis potest etiam ipsa ciuitas imponere collectas. *Borcholt. d. loc. num. 54.*

Denique notandum, quod solus princeps vel Imp. Romanus vectigalia imponit. *l. eum qui. 16. l. inter publica. 17. §. 1. de V. S. l. 3. C. No. vect. inst. non pos. l. ciuitatibus autem, præside vel curia constitui non possunt, l. 2. C. No. vect. inst. non pos. l. vectigalia. 10. ff. de publ. vect.* Hinc etiam rectè vectigalia seu telonia inter regalia computantur. *l. vnic. Quæ sint regal. In vsib. feud.* Ideoque vectigalia sine permissu Imperatoris imposita, licita vectigalia non sunt, etsi decreto ciuitatum, vel à Præside aut curiâ instituta fuerint. *d. l. 2. l. No. vect. inst. l. 10. ff. de publ. & vectig. vt tale vectigal non modò impunè audari possit. Borcholt. d. loc. num. 47. Mins. cent. 5. obs. 29.* sed etiam illud instituentes sine permissu Imperatoris. *l. Julia de ambitu & l. Julia de vi publicâ teneantur. l. vnic. ff. Ad l. Iul. amb. l. vlt. ff. Ad l. Iul. de vi publ. Borcholt. loco.*

ASSERTIO LXXVIII.

Ecclesiarum ministri ab ordinariis tributis & oneribus publicis non sunt immunes.

PERSONÆ ecclesiasticæ, vt sunt Clerici & ecclesiarum ministri, ab ordinariis tributis functionibus non sunt immunes, sed eas collationes seu contributiones non minus quam aliæ seculares persone

II

præ-

præstare tenentur. Ita statuunt Imp. Honorius & Theodosius in *l. placet* 5. in verb. *nihil præter canonicam illationem eis ingeratur. l. iubemus. 10. & l. seq. C. d. sacr. eccles.* Idem sancit Imper. Constantinus in *l. 3. C. de episc. & clerico.* Ab extraordinariis verò muneribus & collationibus ecclesiastici sunt immunes, ut ab onere suscipiendi hospites seu milites, & aliis similibus *l. 1. C. de episc. & cleri.* Ordinaria tributa sunt, quæ habent certam annuam vel similem præstationem, & sunt imposita per constitutionem superioris. *Bart. ad l. placet. 5. num. 13. C. de SS. eccles.* Talia sunt tributa quæ imponuntur prædiis & possessionibus. Item vectigalia quæ indicuntur mercibus, sunt ordinaria onera & realia tributa. *l. Imperatores. ff. de publ. & vect.* Extrordinaria tributa sunt, quæ non sunt imposita per constitutionem Principis, vel legem scriptam, sed per motum superioris indicuntur, neque habent certam formam *l. 1. C. de vacat. publ. mun. lib. 10. Bart. d. loco.* Confirmat hoc eleganter *Ambrosius in 5. cap. Luca. lib. 4. c. pen.* his verbis, Si tributum petit Imp. non negamus, agri ecclesiæ tributa soluunt. Si enim censum Filius Dei soluit, quis tu tantus es qui non putas soluendum. *Luca 17.*

Opponitur *Auth. Item nulla communitas. C. de episc. & cler.* ubi Imp. Fredericus sub graui pœnâ, videlicet restitutione tripli interdicat, ne ecclesiasticis personis ullæ exactiones vel collectæ indici possint. *Resp. Bart. ad d. l. placet. num. 35.* quod ecclesiastici siue clerici teneantur ad ordinaria & certa munera seu tributa, quæ ipsis rebus seu possessionibus indicuntur, sed ad extraordinaria indicta tributa, sicut aduenæ, seu peregrini, ita nec clerici tenentur. *d. l. placet. in verb. nihil extraordinarium hinc flagitetur C. de SS. eccles. l. iubemus 10. & l. neminem 11. C. eod. d. l. 1. C. de episc. & cler.* Ratio diuersitatis est, quia ordinaria munera, ut sunt tributa agrorum, item collationes ad sternendas vias publicas, & pontes reficiendos, ipsis possessionibus & fundis, item vectigalia mercium rebus ipsis & mercibus imponuntur, at verò extraordinariæ contributiones indicuntur ipsis personis. Quia verò Clerici non subjacent jurisdictioni secularium Principum, puta Regum, Ducum, Comitum, & liberarum ciuitatum, à quibus solis imponuntur huiusmodi tributa & collectæ, ab his oneribus clerici sunt immunes. Ab ordinariis verò tributis & vectigalibus, quæ non personis sed possessionibus agris, & ædificiis, item mercibus imponuntur *d. l. Imperatores. ff. de publ. & vect. l. 1. C. de induction. lib. 10.* ecclesiastici non habent immunitatem. *Bart. ad d. l. placet. num. 32.* Probat hęc distinctio aperto textu, in *l. ult. §. patrimoniorum. ff. de mun. & bon.* ubi IC. Arcadius ait. Nā onera, quæ patrimonii, possessionibus, & prædiis indicuntur, veluti agminales equi, & mulæ, angariæ atque veredi, quæ obsequia, qui neque muncipes, neque incolæ sunt, agnoscere tenentur, si habet bona, ubi petuntur, & abs huiusmodi muneribus, neq; primipilaris,

pilaris, neque veteranus, aut miles, aut Pontifex excusatur. vbi *Gl. in verb. Pontifex notat.* Ergo neque ecclesia, neque clericus immunes sunt ab his oneribus & collectis patrimonialibus, quia vt prædia possideant, à lege humana est, sed quod pro ea ius primitiarum & decimationis habent, hoc est à lege Dei, & ideò pro suo Episcopo propriè Principi sublit.

Secundò obijcitur locus sacrae scripturae, *Esdra cap. 7. vers. 24.* vbi Artaxerxes Rex legem sancit, & statuit, ne vllis sacerdotibus Levitis & ministris domus Dei canonem aut vectigal liceat imponere. Resp. Exemplum hoc Artaxerxis non est lex, sed singulare quoddam priuilegium, quod isto tempore tantum Rex concessit Israelitis, vt facilius templum Ierosolymitanum ædificare possent, & in eo officium diuinum præstare. Ita respondet *Ursinus lib. 2. exercitat. Theolog. quest. 70.* vbi decidit, quod si immunes sint ministri ecclesiarum certis in locis à tributis pendendis, beneficio magistratuum, debere eos vti ista commoditate grato animo, sin minus, non debere eos propterea contendere. Aliter ad prædictum locum *Esdrae* respondet *Martyr lib. 4. locor. Commu. cap. 2.* videlicet quod ideò mandauerit Artaxerxes ne sacerdotibus tributa imponerentur, quia illi agros non possidebant inter filios Israël, sed tantum vivebant ex sacrificiis, oblationibus, & decimis. Vide *Martyrem libro 4. locor. com. cap. 13. nu. 23. 24. & seqq. & Nicol. Euer. in loc. legal.* in loco à verisimili, vbi egregiè defendit clericos & ecclesias ab ordinariis tributis & vectigalibus principum non esse immunes.

ASSERTIO LXXIX.

Absens ex pollicitatione non obligatur.

ET I A M S I pollicitatio Reipub. fiat ex iusta causa, vt oportet, tamen hoc non sufficit, vt producat obligatio efficax, nisi fiat etiam promissio apud Rempub. vel præsentibus Reipub. curatoribus aut administratoribus *l. 9. ff. de pollicitat.* Non enim valet pollicitatio, quæ ab absente fit per epistolam *l. 5. ff. eodem*, sicut nec stipulatio contrahitur inter absentes per nuntium vel epistolam. *l. 1. in princ. ff. de V. O.*

Sed aduersatur huic decisione *l. 2. ff. de pact.* vbi traditur, quod pactum rectè fit per epistolam, quam absens absenti mittit. Resp. In hoc casu differt pollicitatio à pacto, quia pacta legitimè inter absentes concipiuntur, pollicitatio non item. Hoc manifestè probatur ex definitione pollicitationis, quæ traditur *in l. 3. ff. de pollicitation.* quod scilicet pollicitatio sit offerentis promissum. Verbum offerre satis indicat, requiri præsentiam vtriusque partis. Nec enim absens absenti rectè dicitur offerre, sed præsens

præsenti tantum, aut verbotenus, aut cautione interposita ex scripto per epistolam. l. de die 25. in princ. ff. de pos. Ita eleganter docet Cuiac. lib. c. 26. cap. 19.

A S S E R T I O LXXX.

*Fabulosa donatio Imp. Constantini Magni, quâ Pontifici
Syluestro urbem Romam, ceterasque Italiae
prouincias falsò donasse fertur, iure
non fuit licita.*

QUOD donatio Constantini Magni, quâ Pontifices Romani suam dominationem & imperium stabilire nituntur, & falsò jactitant, quod Imp. Constantinus Magnus Syluestro Pontifici, urbem Romam ceterasque Italiae vrbes & prouincias donauerit, prout habetur *in c. Constantinus. dist. 96.* ficta e mentita & fabulosa sit, abundè & copiosè scriptis suis demonstrant Nicolaus Cusanus, Laurentius Valla, Volaterranus, & Aeneas Sylvius, alique eruditi & fide digni authores, qui tamen alioqui Pontificiae sedis strenui antistites & patroni extiterunt. Ita post alios nouissimè eleganter & dilucidè tradit Balaeus in tractatu de illustribus viris Angliae.

Præterea quod prædicta donatio nec de facto vnquam processit, nec de jure diuino aut humano subsistere potuit, hisce decem solidis & firmis argumentis comprobatur.

Primò quod hæc donatio fabulosa & notha sit, id ex ipsa inscriptione Canonis liquidò apparet: Nam prædictum *cap. Constantinus*, inscribitur palea à Compilatore Decretorum, quo apertè innuitur, quod supposititiu & adulterinus sit hic Canon, ut pote qui inter paleas iuris Canonici habeatur, & propterea fidem non meretur, neque in scholis vt ibidem Glo. notat, est legendus, cum non sit locus authenticus, sed inter paleas & zizania ab ipsis Canonistis referatur. Licet illa palea multum grani attulerit ecclesijs, ex quo in immensum eorum opes creuerunt. Confirmat hoc euidenter Platina in vitis Pontificum, in vita Ioan. septimi. hisce verbis. De donatione Constantini nihil certi habetur, paleamque iuris Pontificij periti appellant, quod sine frumento sit, quomodo de confirmatione constabit.

Secundò falsitas huius donationis inde apparet, quod optimi & fide dignissimi authores ejus donationis à Constantino factæ non meminerunt.

Tertio

Tertiò confirmatur hæc sententia ex eo, quod *Eusebius* disertè scribit *lib. 4. de vitâ Constantini Magni c. 51.* quod Imp. Constantinus Magnus vniuersum imperium suum, quod se ad extremas mundi partes extendebat, inter tres filios Constantium, & Constantinum & Constantem ita diuiserit, vt vna regna maiori natu filio, deinde Orientis partes huic ætate proximo, quod verò inter hæc medium interiacebat, tertio filio tribuerit. Ergo nihil pontifici Romano relictum est.

Quartò comprobatur hæc decisio ex eo, quod traditur à Pontificibus *d. c. Constantinus*, quod Imp. Constantinus tribuerit Syluestro super quatuor sedes, Alexandrinam, Antiochenam, Constantinopolitanam, & Hierosolymitanam principatum, & denique super omnes in vniuerso orbe terrarum Ecclesias Dei. Atqui Constantinopolitana ciuitas tunc temporis nondum erat extructa, sed à Constantino primum fuit exadificata.

Quintò refutatur solidè hæc donatio, & dominatio in omnes Ecclesias orbis, Pontifici collata, hoc argumento, quia vsurpatio huius præminentia & dominationis in vniuersas ecclesias, certa & infallibilis nota est Antichristi. Sic enim ipse Pont. Gregorius Magnus *lib. 4. epistolarum, pist. 32. 34. 36. & 38. & lib. 7. epist. 30.* scriptum reliquit, quod vniuersalis Episcopi nomen soli & vni Antichristi præcursori conueniat. Hoc autem nomen vniuersalis Episcopi, & capitis Ecclesiæ, primus Bonifacius quartus, ab impurissimo Imp. Phoca circiter Annum Domini 607. sibi redemit, sub quo Imp. vno eodemque tempore crudelissimum imperium Turcicum duce Mahometo, & idololatricum regnum Pontificium erectum & stabilitum est.

Sextò falsitas Constantinianæ donationis hinc liquidò demonstratur, quia tradere imperium, est iuramento obligare Senatum Romanum, & exercitus, vt illi obtemperent, cui imperium traditur. Atqui nec exercitus, nec Senatus tunc iurabat Romano Episcopo. Sed Imperatores Constantinus, Julianus, & Justinianus, alique successores, soli fuerunt exercituum domini, qui & præfectos vrbs Romæ constituerunt. Deinde hexarchi Imperatorum vicarii fuerunt in Italiâ circiter annos centum sexaginta, à Justiniano secundo vsque ad Pipinum. Itaque historiæ testantur, Pontifices Romanos non tenuisse imperium vrbs Romæ, aut Italiæ. *Melamb. in Chronic. in vita Constantini M.*

Septimò etiam si ex prædictis satis liqueat, nunquam fuisse factam donationem vrbs & prouinciarum à Constantino Imp. tamen etiam si hæc potentia oblata esset Syluestro Pontifici, non licuit illi eam accipere in functione in qua constitutus erat, & successoribus tradere. Nam quilibet

debet officia suæ vocationis exequi, iuxta dicta S. Scripturæ. In hoc sitis ambitiosi, vt sitis quieti, & faciatis propria. Regis est gubernare exercitus, bella pacemque decernere, Pastoris autem seu Episcopi est verbo Dei docere, & instituere Populam sibi commissum. Itaque pastores destinati ministerio Euangelico, non debent etiam sibi offeratur, arripere politica imperia. Nemo enim militans Deo implicare se debet negotiis secularibus.

Octauo ex actis Pontificum, & aliorum historicorum monumentis abundè apparet, quod illa ambitiosa libido dominandi Pontificum, multa pernitiōsa schismata peperit in Ecclesiâ, & causam præbuit, quod longo & infinito tempore duo Antipapæ simul imperarunt. De quâ re in hæc verba *Ferrariensis in practicâ suâ, in for. responsionis rei conuenti, in verb. præscriptionis*, eleganter scriptum reliquit. Schisma in Ecclesia Dei inde exortum, quod duo Papæ simul sunt creati, nunquam cessabit, neque Ecclesia vel Italia quiescet, quo ad Ecclesia ciuitates vel castra possidebit, & à Constantino donatio eidem facta (uti fertur) non fuerit per aliquem probum & potentem Imp. penitus reuocata, cum non benè conueniat psalterium cum cithara, nec dictum sit à Christo nec à beato Petro, quod possidere debeant talia, sed quod est Cæsaris, reddatur Cæsari, & quod est Dei, Deo.

Nonò hanc donationem jure diuino non potuisse subsistere, neque iustè aut licitè Pontifices sibi vendicare iurisdictionem, aut merum & mixtum imperium in regna, prouincias vrbes, & ciuitates inde colligitur, quod Christus dixit Petro. *Matth. 26.* Conuerte gladium tuum in locum suum. Quicumque enim gladium acceperit, gladio peribit. Accipere autem gladium dicuntur, quibus à Deo non traditur, id est, qui præter vocationem gladio vtuntur, vt faciunt Pontifices Romani.

Decimò & vltimò confirmatur hæc sententia ex propriis Pontificiorum scriptis: sic enim refert *Gl. in can. 10. dist. 73.* Dum ergò potestates istæ Pont. & Imp. distinctæ sunt, est hoc argumentum, quod Papa non habeat vtrunque gladium. Idem probat Papa Alex. 4. *in c. si duobus, ext. de appel.* vbi rescribit, quod in temporalibus non possit ad Papam appellari, quia temporalia iurisdictionem Papæ non attingunt. Quod & disertè confirmat *Krantz. lib. 9. histor. Saxo. c. 15.* dum inquit. Gladius spiritualis Pontificum nihil habet commune cum gladio seculari Imperatorum, quia alter animam, alter corpus conficit. Quod & præclarè comprobatur Ambrosius, dum inquit, Ad Imperatorem pertinent palatia, ad sacerdotem Ecclesiæ.

Contra hanc assertionem pro confirmatione donationis ab Imp. Constantino,

antino, Pontifici Romano factæ, adferunt aduersarii duo argumenta. primum depromitur ex *c.vlt. Euangelistæ Iohan.* vbi Christus Petro, & in eius persona, omnibus verbi diuini ministris dixit, Pasce oues meas. Ergò Petro, aliisque Episcopis data est etiam potestas politica imperia constituendi tenendi. Resp. Hic locus Christi non designat externum & politicum imperium, sed tantum Euangelii ministerium, quia alio loco, *Matth. scilicet 20. vers. 25. & 26.* Christus taxans ambitionem Apostolorum, qui aliis dominari volebant, & sic lites & diffidia excitabant, in hæc verba respondit, Reges gentium dominantur, vos autem non sic. Imò ipsi Canones Pontificum expressè dominationem & primatum in Ecclesiis damnant. Hec enim Gregorius Pont. *in c. multi. dist. 40.* rescribit. Quicumque desiderat primatum in terra, inueniet confusionem in cælo, nec inter seruos Christi computabitur, qui de primatu tractauerit.

Secundò citant pro se Pontificii dictum, quod extat *Luca 22. vers. 38.* vbi apostoli Christum hisce verbis alloquuntur. Ecce duo gladii hîc, ipse vendit. Satis est, quæ sententia citatur à Bonifacio VIII. Pont. *in c. vnam nctam. in extrauag. de obed. & maior.* quo loco probare nituntur Pontificii competere Pontifici duos gladios, scilicet externum & spirituales. Respondetur. Ex hac voce non sequitur Petrum armatum fuisse imperio: imò & ipse Filius Dei præliari eum prohibet. Et cum Christus inquit, Satis est, querelam significat de duplici genere hostium, & perinde est, ac si dicit, Satis est & Pontificum & Pilati gladios aduersus vos stringi. Ita eruditè respondet Melanthon *in Chronic. in vitâ Constantini Magni.* Vide *Fr. Guicciarini historiam de bello Italico, libro 4. sect. 12.* vbi latè de eadem falsa donatione Constantini agit. *Bodini in lib. 1. de Repub. c. 9.* vbi inter cætera inquit, Iohannem Digitorum, Constantini donationem quæ dicitur, aureis literis scripsisse, in cuius extremo hæc verba subiiciuntur. Quam fabulam longi temporis mendacia finxerunt. Adde *Camerar. in successibus medit. it. centu. 1. cap. 61.* vbi hanc historiam non illepidam refert, quod cum Veneti aliquando à Pont. Rom. interpellati essent, vt iurisdictionis suæ in mari Adriatico ius titulum ostenderent, respondiße, eos Pontifices habere in suis archiuis, quæque facillè reperiri possent, si donationis Constantini membranæ pars exterior, in qua illa maiusculis literis scripta esset, accuratius inspiceretur.

ASSER-

ASSERTIO LXXXI.

Et iure naturali & civili feminae regni sunt capaces.

QUOD nec iure naturali nec civili prohibitum sit mulieri imperium exercere in subditos, patet ex eo, quod iure feudorum ad successiones regnorum, ducatum & comitatum etiam feminae admittantur, modo tamen filii masculi deficient. *cap. vnico. §. filia. de success. feud. in vsib. feud.* Eadem sententia probatur per *cap. dilecti 10. de arbitr.* ubi dicitur, consuetudinem moribus approbatam pro lege esse seruandam, quod in partibus Gallicanis feminae præcellentes in suos iurisdictionem habeant subditos, idque ea etiam attenta ratione procedit, quod consuetudo etiam secundum iura ciuilia iurisdictionem tribuit. *l. 1. & ult. C. de emanc. lib. c. ex literis. de consult. l. 1. C. Quæ sit long. consu. l. an in totum 3. C. de adif. priuæ.* Huius rei quoque illustria exempla tam in historiis diuinis, quam prophanis extant. Sic enim legitur *Iudicum 4.* Deborah feminam prophetissam, vniuersum Populum Israëliticum iudicasse. Sic in Anglia, Hispania, Scotia & Lusitania, regni sceptrum etiam feminis delatum fuisse satis superque historiarum testantur.

Obijcitur huic decisioni locus in *Genesi c. 3. vers. 16.* ubi diuina lege sancitur, ut mulier sit imperio & potestati mariti subiecta, ergo ipsa non debet aliis dominari. Resp. Viris suis, id est maritis iubentur quidem lege diuina mulieres subesse, sed tamen non ideo cæteris parere debent: quinimò rectè subditis imperant, si iustè & legitimè regnum sit illis delatum.

Secundò videtur naturali iuri repugnare, quod sceptrum imperii feminis deferantur, cum plerumque à natura aptiores & magis idonei sunt ad imperandum viri, quam feminae, propter prudentiam, robur, & animi magnitudinem. Resp. Est quidem magis aptum ad imperandum genus masculinum quam femininum, sed tamen non semper ex lege naturæ efficitur, ut ex bonis boni nascantur, ex malis mali, nec consequenter ut quicquid masculinum gignitur, sit perfectius eò quod nascitur femininum.

Tertium argumentum colligitur ex *l. 1. ff. de legib.* ubi lex definitur esse prudentum virorum consultum: Vnde concludit Bart. feminas non posse leges condere, & per consequens nec regni sceptrum tenere. Resp. Possunt & feminae, reginae seu principissae in iis terris in quibus hæreditatio iure dominantur, leges ferre: faciunt id quidem prudentum virorum consilio,

consilio, sicut & reges, iussorum tamen vetitorumque autoritas est ab illis. *Connanus lib. 1. com. c. 4.*

Quartò aduersatur *l. 2. ff. de R. I. & l. ult. C. de arbitr.* Vbi statuitur quod fœminæ ab omnibus officiis & muneribus publicis, imò & à magistratibus, debent esse remotæ, idque ex hac ratione, quod pudori & sexui fœminino non conueniat virilibus officiis se immiscere, tum quod propter pudorem & vetecundiam eas cœtui publico demonstrari non deceat, ut ait Imp. Constantinus, in *l. 2. C. de his qui ven. atat. impetrar.* Resp. Ista regula non procedit, si hæreditario iure regnum seu ducatus à parentibus seu maioribus, ad mulierem, filiam, fortè Regis vel ducis, sit delatum: quemadmodum in Reginis & Comitissis receptum videmus, tunc enim licitè & iustè imperare possunt. per *d. c. dilecti. ext. de arbitr. Decius add. l. 2. nu. 3.* vbi refert Angelum vidisse Ioannam Siciliæ Reginam in solio sedentem, & sententiam protulisse contra dominos de Balso. Idem ante Decium refert Angelus *ad d. l. 2. & l. cum statur. §. ult. ff. de iudic.* Similiter *4. c. iudic.* Vniuersos filios Israël ad Deborah in iudicium abiisse legimus, eamque fœliciter annos XX. regnum Judaicum administrasse. Hanc sententiam quod fœminis iustè Regna & imperia tribuantur, defendit *Caborius lib. 1. disput. 15.* à qua perperam dissentit *Bodinus lib. 6. de Repub. c. 5.* Confirmat & hanc decisionem, quod fœminæ regni sint capaces, dummodò aliter lex vel consuetudo patriæ non disponat. *Lipsius libro 2. Politic. cap. 3.* vbi in notis pulchrè ait. An Augustum pœnituit Liviam suam audijse? Ferdinandum Hispaniæ Regem, Isabellam? cui fœminæ Consaluum, Canarias, novum orbem, eiectiones Mauros, & hanc magnitudinem suam Hispania in parte debet. Sic etiam nostro tempore vidimus regnum Anglicum sub prudentissimæ & pijsimæ reginæ Elizabethæ imperio non tantum opibus & longa pace floruisse, sed etiam Ecclesias habuisse rectè & piè constitutas. Quam sententiam etiam solidis & eruditis argumentis confirmat *Pet. Gregor. lib. 7. de Repub. c. xi.* vbi postquam in vtranque partem prolixè disputasset, an fœminæ sint regnorum & feudorum capaces, tandem concludit in partem affirmatiuam fœminas ad feuda vel regna esse admittendas, nisi specialis lex, vel consuetudo obstet.

K k

ASSER-

ASSERTIO LXXXII.

Libri feudorum habent auctoritatem legis generalis.

QUÆRITVR ab interpretibus an libri feudorum in iudiciis ad decisionem causarum feudalium, & in scholis ad intentionis nostræ comprobationem, sicut reliqui libri ciuilibus & Canonici allegari possint. Et statuendum est, quod feuda valeant apud nos, totoque orbe Christiano non minus quam ius ciuile, obtineant legis auctoritatem. Quod duobus apertissimis argumentis comprobatur. Primò certum est libros feudorum in imperio tacitè receptos & approbatos esse ab Imperatoribus & Principibus, & eam approbationem tacitam sufficere, ac tanti momenti esse, ac si expressè essent approbati. Longo etiam tempore quod excedit hominum memoriam, passim hi libri non solum in imperio, vt in Germania, sed etiam extra imperium, vt in Gallia, Italia, Hispania, Lusitania, Belgio in Academiis lecti sunt & approbati, & in foro vsurpati, sciente & non contradicente Imperatore, Itaque tacita approbatione sunt recepti. Nullus Princeps potest causare ignorantiam huius iuris. Quod enim publicè fit, eius causam nemo ignorare debet. *l. sed & si. §. prescribere. ff. de instit. act.* Itaque iura feudorum sunt consuetudines vniuersales, non solum approbatione imperiali, sed etiam tacito Populi consensu introductæ, quapropter omnes ligant. *Curt. in 1^a. par. tract. feud. quest. 1. num. 12.*

Secundò tempus illud memoriam hominum excedens, jus facere dicitur, & æquiparatur priuilegio à Principe ex certa scientia concessio. *l. hoc iure. §. ductus aqua. ff. de aq. quot. & est.* Relinquitur ergò vsus feudorum in imperio & extra imperium legis auctoritatem habere, non solum in seculari foro, sed etiam ecclesiastico: vnde etiam in corpus iuris ciuilibus sunt insertæ. *Zaz. in proem. feud. num. 3.* Longè enim omnem auctoritatem legum superat, id quod moribus vniuersi consensu per multa iam sæcula receptum est & approbatum. *l. de quibus. & l. seq. ff. de legib.* Hæc opinio elegantè defenditur à *Sonsbechio par. 7. feud. nu. 22. Curt. d. loc. Zaz. in epu. feudo. in præludis. Fachin. lib. 7. contro. c. 2.*

Obijcitur, quod auctores seu compilatores feudorum fuerunt priuatae personæ, puta Obertus de Horto, & Gerardus Cagapisti, Consules Mediolanenses, qui non habuerunt auctoritatem legis condendæ. Resp. Inter feudorum libros extant etiam Imperatorum placita & constitutiones, editæ & promulgatæ ab Imperatoribus, Lothario, Conrado, Henrico, & Frederico, qui supremam habuerunt potestatem ferendarum legum. Præterea
predicti

prædicti Jmpp. vetera iura feudorum in quibusdam locis correxerunt, multa addiderunt & detraxerunt, vnde tacitè cætera iura feudalia, quorum habuerunt notitiam, approbasse & ratificasse censentur. *arg. l. cum praetor. ff. de iudic.* Denique refert Olden. in *class. 4. de action. beneficiar.* quod hi diuturni vsus feudorum confirmati sunt per Jmp. Fridericum III. precibus Bononiensis collegii.

Secundò opponitur. Consuetudines insertæ libris feudorum sunt potius speciales certorum locorum consuetudines, quam vniuersales. *c. 1. §. fin. Qui feud. dare poss. in verb. aliter in curiâ Mediolanensi obseruatur. cap. 1. §. vlt. de alie. feud. pater. in verb.* Non est consuetudo Mediolani, licet contrarium præcipiat lex Longobardica. Ergò consuetudines locales non debent ligare vniuersos. *§. ius autè ciuile. Inst. de iur. nat. G. & ciu. Resp.* Istæ cōsuetudines feudorum postquam sunt in scripturam redactæ, & tacito Populi consensu confirmatæ, vim legis cœperunt obtinere. *l. de quibus. ff. de ligib. §. ex non scripto. Inst. de iur. natur. G. & ciu.* Licet ergò à principio istæ consuetudines feudorum fuerint locales, tamen post quam sunt in scripta redactæ, & tacito Populi consensu vniuersaliter confirmatæ, vniuersales censendæ sunt. Ita respondet *Curt. par. 1. feud. quæst. 1. num. 12. & vlt.*

ASSERTIO LXXXIII.

In feudis non acquirit filiusfam. vsumfructum patri.

DUBITARI posset, quando filiusfam. acquirit feudum, an patri eius debeatur vsusfructus. Et verius est patri non acquiri vsumfructum. Ratio huius decisionis adferri potest duplex. Prima est, quia feudum cum detur propter seruitia militaria, est peculium castrense. Vnde Harmenopolus feuda rectè vocat *σεπνώπια κτήματα*, id est militaria prædia. Atqui in castrensi peculio filiusfam. vsumfructum non acquirit patri, sed ea quæ occasione militiæ filio obueniunt, in solidum ad filium pertinent. *§. 1. Inst. Quib. non est permiss. fac. testa. l. cum multa. C. de bon. quælibet.*

Altera ratio est, quia filius laborem fert præstando seruitia militaria: ergo æquum est, præmia, hoc est comoda feudorum ad eum pertinere.

Opponitur huic decisioni hoc argumentum. In quibus causis ius feudorum nihil nominatim constituit, seruandum est ius ciuile scriptum. *c. 1. §. strenuus. de feudi cognit. lib. 2. feud. tit. 1.* Sed ius scriptum vult omnia, quæ à filiofam. acquiruntur etiam laboribus & industriâ suâ, quo ad vsumfructum acquiri patri. *l. cum oportet, in princ. in verb. vel laboribus suis ad eum perueniant. C. de bon. quælibet.* Ergo & vsusfructus feudi patri acquiritur. *Resp.*

Kk 2

feuda

feuda sunt bona castrensia, quia occasione militiae dantur, atqui in pecuniis castrensibus patri non debetur ususfructus, sed filiofam. pleno iure acquiruntur. *l. vnic. C. de castren. om. palat. pecul. lib. 12.*

Secundò obijcitur, quod peculia castrensia non consistunt in bonis immobilibus. *l. si fortè. & l. castrense ff. de castrenf. pecul.* Ideoque cum feuda consistant tantum in bonis immobilibus. *c. 1. In quib. caus. feud. amit. lib. 2. feud. tit. 23.* non possunt dici esse bona castrensia. Resp. In peculio castrensi possunt etiam prædia aliaque bona immobilia computari, quando scilicet filio in bello vel castris agenti, vel contemplatione militiae ea prædia sunt donata. Tunc enim ea bona immobilia hoc modo data filiofam. dicuntur & censentur castrensia, & proinde in his bonis sicut & in feudis occasione militiae filio concessis, excludetur pater quoad ususfructum. *tex. est in l. 1. C. de castrenf. pecul. milit. lib. 12. tit. 37.*

Tertiò mouetur hoc argumentum non parui momenti. Feudum nihil aliud est quam ususfructus quidam rei immobilis *cap. 1. in fin. In quib. caus. feud. amit. lib. 2. feud. tit. 24.* Sed si ususfructus filiofam. relinquatur, certum est eum patri acquiri. *l. vlt. C. de ususfructu.* Ergo & feudi commoditas atque ususfructus acquireretur patri. Resp. Procedit hoc argumentum quidem in simplici & proprio usufructu, qui filiofam. relictus, debetur patri. Verum aliud obtinet in usufructu feudi, qui non acquiritur patri, sed apud filium manere debet. Idque ex ea ratione colligitur, quia vasallus propter feudum domino seruitia præstare tenetur, atqui si careat fructibus & proventibus feudi, non poterit commodè domino seruire. Hanc sententiam quod ususfructum bonorum feudalium pater non lucrifaciat, amplectuntur & defendunt *Claudius de Sisell. & Zaz. in 4. par. tract. feud. Vultei de feud. c. 4. Borcholt. c. 5. num. 48. Fachin. lib. 7. contro. cap. 77. Dissentit Sonfbecius par. 7. feud. num. 7.*

ASSERTIO LXXXIII.

Minor sine auctoritate curatoris potest de antiquo feudo inuestire.

MINOR antiqui feudi renouationem sine auctoritate tutoris, curatorisve consensu facere potest? Quod probatur per *c. 1. Per quos fit inuest.* ubi indistinctè Feudista dicit, quod inuestitura de veteri feudo etiam à minore fieri possit. Ita sentiunt *Borcholt in tract. de feud. cap. 5. nu. 40. Vulte. de feud. cap. 3. num. 7.* Contrariam opinionem tenent *Horo. in d. c. 1. Per qu. fiat in vest. Duare. cap. 6. num. 19. Sonfbec. par. 6. num. 7.*

Obijcitur

Obijcitur *Lobligari. 9. §. pupillus. ff. de. auct. tuto.* vbi dicitur, quod soluere pupillus non possit sine auctoritate tutoris. Ergo nec potest absque auctoritate tutoris pupillus vel minor inuestire vasallum de feudo antiquo. Sontheccius vult minorem posse antiquum feudum renouare, siue de eo vasallum inuestire, si non habeat curatorem, alias si habeat curatorem, debet cum eius auctoritate de veteri feudo inuestire. Verior tamen videtur sententia, quod minores sine curatoris auctoritate de antiquo feudo inuestire possint, quia non videtur alienare, qui veterem alienationem confirmat, *l. 1. §. aqua ductus. ff. de aqu. quot. & ast.* & minor non alienat hoc casu feudum, sed quod alienatum erat à parentibus, juris necessitate impellente approbat.

Secundè opponitur hoc modo. Quoties pupillus vel minor suam conditionem faciunt deteriore, vel quoties obligantur ex aliquo contractu, tunc requiritur auctoritas tutoris, vel consensus curatoris. *Inst. de auct. tutor. in princ.* Sed pupillus concedendo feudum potest suam conditionem facere deteriore, quia obligat se vasallo, nam ex concessione feudi mutua nascitur obligatio inter dominum & vasallum, ita vt quibus ex causis vasallus feudo priuatur, ex iisdem causis dominus proprietate priuetur. *tex. sunt in c. unico. §. domino. Si de feud. def. conten. sit. c. vnic. Qual. dom. feud. priue.* Resp. Minor & pupillus non faciunt suam conditionem deteriore, sed meliorem, inuestiendo de feudo antiquo. Vtile enim est, atque interest minoris, quod semel debet soluere, & quod tradendum est semel, dare maturè, vt vasallum obligatum ad defensionem salutis suæ ac fortunæ habeat maturius. Quod si interfit minoris feudum datum non esse, hoc casu sine curatore nulla intelligi videtur facta fuisse concessio, quippe cum nec liquidem debitum sine eo solui possit. *l. obligari. §. pupillus. ff. de auct. tuto.*

ASSERTIO LXXXV.

Fœmina feudum dare potest.

QUÆRITVR an fœmina feudum dare possit. Et respondetur quod possit. *text. est in §. fœminam. Per quos si. inuest. lib. 2. feud. tit. 3.*

Sed obijcitur, quod dicitur in *c. vnic. in fin. De inuest. in marit. fac. & c. vnic. An apud iud. vel curiam dom. quæst. feudi deb. termin. & c. 1. §. vlt. de prohib. feud. alienat. per Frederi.* Eum qui feudum dat, habere jurisdictionem, quod in fœminam cadere non posse explorati juris est, cum jure civili Romano fœminæ ab omnibus muneribus & officiis civilibus & publicis arceantur.

tur. *l. fœmina ff. de R.I. Resp.* Inueterata consuetudo retinenda est, donec per contrariam consuetudinem tollatur. Moribus autem introduci potest, ut fœminæ magistratum gerant, & officio iudicandi fungantur. *c. dilecti. ex. de arbit.* Sic vñ receptum videmus in Angliâ, Lusitaniâ, Hispaniâ, Scotiâ, ut fœminæ regia sceptrâ teneant. Ita Angelus Johannam Siciliæ Reginam sedentem in folio se vidisse refert, & ferentem sententiam contra Dominos de Balfo. Notat *Decius ad d. l. fœmina.*

Secundò obstat, quod fœmina feudi capax non est, & proinde quod ipsa non habet, alteri dare non potest. *arg. l. nemo plus iuris. ff. de R.I. Resp.* Dubium non est, quin fœmina feudum habere possit, si ita expressè in inuestitura conuenerit, ut fœmina in feudo succedat, absque ea expressa conuentione in feudo succedere non potest. *cap. 1. §. filia. de success. feud. lib. 1. feud. tit. 8.*

ASSERTIO LXXXVI.

Duobus inuestitis de feudo is præfertur, cui prius possessio feudi tradita est.

QUÆRITVR, si duo de eodem feudo sint inuestiti, diuersis temporibus, & alteri primò tradita sit possessio feudi, quis præferendus sit. Et statuendum est, quod ille præferendus sit, cui prius dominus possessionem feudi tradiderit, licet alter prius sit inuestitus. Confirmatur hæc decisio, quia per traditionem demum acquiritur feudi dominium, ideoque antequam feudum sit traditum primo inuestito, illius dominium manet penes dominum concedentem feudum. *arg. l. penult. C. de rei vend. l. alienatus 67. ff. de V.S.* Ac proinde feudum per traditionem transfertur in eum qui postea inuestitus est. *l. qui tibi. C. de hered. & act. vend.* Quinimò manifesta, hujus sententiæ comprobatio extat in *l. quoties 15. C. de rei vend.* ubi statuitur, quod si dominus duobus diuersis temporibus eundem fundum vendidit, ille potior est & præfertur in dominio fundi, cui prius possessio fundi tradita est, licet alter prius fundum emerit. Hæc cum ita jure communi sint constituta, nec contrarium vsu feudorum sit statutum, videtur inhærendum juri communi. *arg. c. 1. de feudi cognit.*

Duo argumenta contra hanc sententiam adferuntur. Primum est, quod feudum alicui concessum, non potest ei sine justa causa auferri. *c. 1. de feudo sine culpa non amit.* Ergo non licet domino, postquam vnum inuestiuit, alium inuestire in eodem feudo, quia videtur feudum priori datum adimere

adimere sine iusta causa. Resp. sub distinctione. Aut dominus aliquem inuestiuit in feudo, tradendo ei possessionem corporalem, quæ dicitur inuestitura propria, & tunc non potest ei feudum adimere, & alteri dare, sine iusta causa. Aut dominus concessit alicui feudi inuestituram, per hastam, vexillum velensẽ, quæ dicitur impropria inuestitura c. 1. *Quid sit inuest.* & tunc tenetur quidem inuestitum in possessionem mittere, sed si id non fecerit, verum alterum de eodem feudo inuestierit, & illi possessionem tradiderit, hic posterior inuestitus præferitur, sed dominus tenetur primo inuestito, id quod interest, præstare. Quoties enim dominus non habet facultatem tradendæ rei venditæ, ad id quod interest emtoris condemnatur. l. 1. ff. de action. empt. l. si traditio. C. eod.

Secundò opponitur, quod in feudis idem operatur inuestitura, quod traditio rei. c. *Quib. mod. feud. constit. potest.* Ergo prior inuestitus de feudo adhuc præferendus est, licet non acceperit possessionem feudi. Resp. Quod dicitur, inuestituram idem operari, quod traditionem rei, intelligendum est, de vera & propria inuestitura, per quam possessio transfertur c. 1. *Quid sit inuestit.* Abusiva verò & impropria inuestitura non eundem effectum obtinet. Hanc sententiam, quod is, cui possessio feudi tradita est, præferatur priori inuestito, amplectuntur *Mins. cent. 4. Obs. 61. Pistor. par. 2. quæst. cap. 29. Fachin. lib. 7. contro. c. 32. & 33.*

ASSERTIO LXXXVII.

Clerici in feudis non succedunt.

QUÆRITUR an clericus in feudo succedat. Dicendum est, verius esse eum non succedere cum fratribus suis Laicis patri in feudo. Ratio est, quia impeditus divinis ministeriis, non potest domino seruitia personaliter præstare. c. *unic. de rasal. mil. qui arm. bell. depos.* Probatur & apertis textibus hæc decisio. c. 1. §. *ex hoc. de feudo scem. c. 1. §. qui clericus. Si de feud. defun. conten. sit.* Defendunt hanc sententiam *Pistor. par. 2. quæst. 33. Mins. cent. 5. Observat. 48. Afflict. decis. 320.* vbi ita iudicatum fuisse scribit. Dissidet *Scu. ff. cent. 1. conf. 68. Mart. Laud. int. qui feud. dare poss. §. & quia. num. 19.* post plures alios quos refert.

Opponitur. c. 1. §. *ult. de capit. Corradi.* vbi dicitur clericum rectè feudum accipere & possidere. Resp. Ab initio primum feudum rectè clericis confertur. Nam potest quilibet de rebus suis, ut est moderator & arbiter rerum suarum, gratiam facere quibus vult. Potest enim dare quibuslibet, quare ergo eodem modo clerico in feudum dare non posset, sed non potest

potest clericus succedere in feudo iam ante familiae suae concessio, quia factus miles Christi non potest esse miles saeculi. Est enim talis, qui iam seruire non potest. *c. 1. de vasal. mil. qui arm. bell. depos. c. 1. in fin. Aut mutus vel al. imperf.*

Sed iterum obijcitur, si in militia seruiendum esset in feudo nouo, iam non posset seruire, cum sit Christi miles. Resp. Hoc quidem verum est, sed iam seruiet per substitutum: Censetur enim hoc tacite conuentum inter dominum & vasallum. Cum enim dominus daret feudum, sciuit eum non posse seruire in propria persona, sicut quoque in foemina obtinet, cui feudum confertur, quae nec in persona sua in bello seruire valet. *c. 1. An mutus vel al. imperf. c. 1. de feudo saem.* Ita tradit *Afflict. sup. cit. decis. m. 8.* Verum quod feudum successionem acquirere non possit clericus, ideo est statutum, quia vasallus militi primò concessit, non clerico, & tali, qui suo proprio officio dominum iuuare posset, sed nunc assumendo clericatum reddit se talem, quod officium domino prestare non valet, nec debet. Ergò non succedit in feudo. *l. in omnibus causis. de R. I.*

Tertiò opponitur, quod clerici per substitutum aequè seruire possunt, ideoque in feudo etiam antiquo succedent. Resp. Illi soli vasalli per substitutum seruire possunt, qui nullo vel naturæ vel juris impedimento excluduntur, quo minus per se seruire possint, text. est, *incap. 1. §. seruiet. de prohib. feud. alienat. per Frider. c. 1. in fin. An mut. vel alit. imperf.* ubi clerici æquiparantur surdis mutis, vel alias imperfectis & insanabilibus à natura, sed imperfecti tales natura, substitutum habere non possunt, secundum communem DD. opinionem, quia per se ipsi seruire non possunt. vt tex. inquit in *c. 1. An mut. vel al. imperf. in fin.* Rectè ergò nec clerici substitutum habere poterunt, quia illis æquiparantur. Ita rectè decidit *Sonsbec par. 12. feud. num. 144. Chass. in cons. Burg. m. §. 5. in verb. excepte les religieux. tit. des fiefs.* Contrarium tenent Canonistæ, & tandem *Fridericus Schenck in c. 1. de vasal. mil. qui arm. bell. depos.* Quod non videbitur alicui mirum, quia Canonistæ trahunt omnia ad suum molendinum, & ipse Schenck fuit Episcopus Vitrajectinus, magnus fautor & patronus clericorum. Vide etiam de hac quæstione variè differentem. *Fachineum lib. 7. contro. c. 35.* qui quatuor casibus tradit Clericos in feudo posse succedere: primus est, si dominus consentiat, & contentus sit, vt per substitutum seruiat, nec de præiudicio alterius, puta agnatorum agatur. Secundus est, si non præstandum sit seruitium personale, sed reale, puta annuus census pecuniæ, vel alterius rei. Tertius est, si feudum francum sit, pro quo nullum præstandum est seruitium. Quartus est, si feuda annexa sint dignitati Ecclesiasticæ. Ita accipendus est tex. in *c. 1. §. ult. de capit. Corradi, & in c. verum. & c. ex transmissa. de foro compet.*

compet. Sic passim in Germania Episcopi, Abbates & alii Ecclesiastici Prælati feuda amplissima possident, annexa dignitati Ecclesiasticæ. Adde *Cacheranum decis.* 27. vbi sex fallentias ponit, & explicat. Prima est in feudo franco & libero. Secunda quando expressè cautum est, præstari debere seruitium reale, seu etiam personale, dummodò honestè illud per Ecclesiasticam personam exhiberi valeat. Tertia est quando feudum esset ad omnem hæredem transitorium, puta quia in inuestitura dictum sit, pro se & hæredibus quibuscunque vel quibus dederit. Quarta est, quando clericus admitti vellet per modum successionis, non per viam inuestituræ, tanquam vocatus ex veteri inuestitura. Quinta est in feudis ecclesiasticis. Sexta in fratribus Hierosolymitanis. Ratio adducitur hujus fallentiæ, Quia omnino arma non deposuerunt, cum Deo seruiant in armata militia contra infideles.

A S S E R T I O LXXXVIII.

Fœminæ in feudo emtitio non succedunt.

PROBATVR hæc decisio per regulam feudalem, quæ sic habet. Quoties in certis partibus mutatur natura feudi, tunc in aliis partibus semper retinetur & seruatur feudi proprietates. *c. vnic. de feud. non hab. prop. nat.* Ergo licet feudi natura in eo mutatur, quod pecunia acquiratur, tamen in aliis partibus communem naturam feudi retinet, quæ hæc est, vt fœminæ à successionem fundi arceantur. Secundò probatur per alteram certissimam regulam feudalem, quod fœminæ à feudis excluduntur, nisi nominatim illis pacto sit prouisum, vt succedant in feudo. *c. i. §. filia. de success. feud. c. i. de nat. success. feud.* Contrariam sententiam, quod in feudo emtitio fœminæ succedunt, licet pacto id non sit expressum, tenet *Odosfred. in suâ summâ feud. tit. Qui in feud. succedere possunt*, & conatur suam opinionem stabilire hisce argumentis.

Primò feudum emtitium non est propriè feudum, quia feudum non prætextu pecuniæ, sed ex amore & beneuolentia domini acquiri debet. *c. i. de feud. dato in vic. leg. commiss.* Ideoque nec leges quæ de proprio feudo loquuntur, in emtitio locum habere possunt, & proinde cum à successionem feudi propriè sumpti arceantur fœminæ, consequens est eas in feudo emtitio, tanquam improprio succedere. *arg. c. i. de feud. fœmin.* Resp. Licet feudum emtum non sit propriè feudum, quoad hoc quod pecunia acquisitum est, jure tamē feudi debet censerī, & in aliis partibus feudalibus, secundum regulas propriorum feudorum determinari. *arg. c. i. de feud. non hab. prop. natu.*

L I

Cum

Cum ergo nusquam leges feudales excipiant feudum emtitiū, debet secundum alias generales regulas feudi cēseri, quæ fœminas à successione feudi excludunt.

Secundò in contrarium ita argumentantur. Quoties feudum emtitiū est, acquiritur potius ex contractu emtionis, quam iure feudi. Atqui in contractibus hæc seruat̃ur regula, quod contractus & pacta transcant ad hæredes tam masculos quam fœminas. *l. si pactum. ff. de probat. l. maximum vitium. C. de lib. prater.* Resp. feudum emtitiū transit ad hæredes quidem, sed masculos tantum, non etiam fœminas, quia non amittit omnem suam naturam. Feudum enim manet & vocatur, licet emtum pretio fuerit. *c. 1. de natu. feud. in verb. vel nisi emerint feudum. c. 1. de feudo dato minini. valras. c. 1. de benef. fratr.* Hanc sententiam quod in feudo emtitiō fœminæ non succedant amplectuntur *Sonsbec. in 9. par. feud. num. 121. Mins. cent. 5. obs. 73. Fachin. lib. 7. contro. c. 37.* Dissentit *Curius in tract. feudor. 3. part. princip. quæst. 1. num. 6. 7. & 8.*

ASSERTIO LXXXIX.

*Feudo alienato à vasallo sine consensu domini, ne quidem 30.
vel 40. annis præscribitur directum domi-
nium, in præiudicium domini.*

GRAVIS & ardua est quæstio, vtrum spacio 30. vel 40. annorum directum dominium feudi à vasallo consensu domini alienati præscribatur aduersus dominum feudi. Et verior probabiliorque est sententia, quod accipiens feudum à vasallo infcio domino alienatum, ne quidem 30. vel 40. annis illud præscribere possit. Hæc sententia primò manifestè probatur per tex. in *c. 1. vers. præterea, de capit. Corradi.* vbi Imp. Conradus rescribit in hæc verba. Præterea liceat dominis omnes alienationes feudi factas, nulla obstante præscriptione reuocare, qui textus non possit esse clarior. Secundò hanc sententiam plenissimè comprobat. *c. 1. §. unde Imperator. de probib. feud. alien. per Frideric.* cuius hæc sunt verba. Nos ad plenorem regni vtilitatem prospicientes non solum in posterum, sed etiam hæcenus illicitas alienationes perpetratas præsentī lege cassamus & in irritum deducinus, nullius temporis præscriptione impediēte. Quia quod ab initio de iure non valuit, tractu temporis conualescere non debet. Quæ verba non possent esse clariora, vbi cum Imper. Fridericus statuerit illicitis alienationibus nullam omnino obstare præscriptionem, procul dubio voluit etiam ne quidem 30. vel 40. annorum præscriptionem obstare. Remoto

motu enim genere, & omnes eius species remouentur. Eamque fuisse Imp. sententiam, duæ virgences & efficaces rationes ab Imperatore subiectæ liquido demonstrant. Prima est, quia istæ alienationes & tricennales præscriptiones feudorum, in summam imperii diminutionem & Reipub. imeritum tendunt. Nam vasalli distractis bonis & sic feudis exuti, non possunt præstare dominis seruitia, per quod imperii vires maximè attenuantur, dum procures milites suos h.e. vasallos ad expeditionem Principis traducere non possunt, vt pulchrè habet. *c. 1. de prohib. alie. feud. per Lotha. & c. 1. de prohib. feud. alie. per Frider.* Altera ratio est. Quia quod ab initio vitiosum est, tractu temporis conualefcere non debet, quæ ratio etiam 30. annorum præscriptioni conuenit.

Obijcitur primo huic decisioni, quod omnis actio, siue in personam sit, siue in rem 30. vel 40. annis præscribatur, quæ longissimæ præscriptiones propter delides, rerumque suarum desertores sunt introductæ. *l. sicut. l. omnes. l. cum notissimi. C. de præscript. 30. anno.* Resp. Regulariter quidem verum est, actiones 30. vel 40. annorum spacio extinguï: nisi specialis quædam lex extet, qua caveatur nullam omninò præscriptionem locum habere: atquæ in hoc nostro casu omnis præscriptio ab Imper. in vniuersum prohibita est per *c. 1. de capit. Corra. & c. 1. de probi. feud. alie. per Frederi.*

Secundò obstat tex. in *c. 1. §. porrd. Qualit. olim feud. pot. alie.* vbi habetur, quod præscriptione 30. annorum dominus tam ignorans quam sciens à feudi repetitione submoueatur. Resp. Ille tex. non loquitur de illicita alienatione, sed tractat de tali præscriptione, per quam dominus excluditur à iure redimendi feudi, eo casu, quo alienatio valet. Deinde ante tempora Imp. Conradi poterat feudum pro parte vel totum alienatum 30. annis, vt ibi, præscribi. Verum Conradus & post eum Lotharius & Fredericus Imp. animaduertentes hoc cedere in detrimentum Reipub. postea simpliciter suis constitutionibus omnes præscriptiones prohibuerunt, iniquum existimantes, vasallos ex delicto compendium facere, dominos verò ex officio damnum sentire.

Tertiò opponitur. *c. 1. §. si quis per. 30. Si de feud. def. conten. sit.* vbi dicitur, si quis per 30. annos prædium aliquod tanquam feudum possedit, & seruitium domino exhibuit, quamuis de eo non sit inuestitus, quod 30. annorum præscriptione se tueri possit. Si ergo 30. annis res allodialis vt feudum præscriptione acquiri poterit, à contrario sensu sequitur, quod feudo à vasallo alienato, saltem 30. annis dominus possit amittere feudum: vt scilicet præscribens pleno iure illud sibi acquirat, tanquam prædium allodiale. Resp. Longè diuersa hæc sunt, nec eadem militat ratio, quia aliud est, feudum vt rem allodiam præscribere, aliud feudum præscriptione

L I 2

acqui-

acquirere, quia in casu. *d. §. si quis per 30.* non patitur Respub. detrimentum, sed augetur, quia tenetur iam seruire vasallus, secus in nostro casu, vbi periret seruitium. Præterea potuisset rem illam allodiam 30. annis vt propriam præscripsisse. *l. 1. C. de anna. except.* ergo multò magis vt feudum præscribet. Hanc sententiam, quod dominus 30. vel 40. annorum præscriptione non amittat feudum illicitè alienatum, amplectuntur & defendunt *Iacob. de Ardizo in sum. suatit. Quib. mod. feud. acqui. Andr. de Iser. & Schenck in c. præterea. de capit. Corra. Sonfbec. par. 12. feud. num. 155. Fachin. lib. 7. contro. c. 61.* Limitatur tamen hæc decisio nisi dominus, & ij quorum interest, præsentibus & scientibus patiantur alienari & præscribi feudum citra contradictionem. Illo enim casu etiam hodie posset præscribi feudum. *per c. qui tacet. de R. I. in 6. c. con. tenebatur. De his quæ siu. à pralat. sine consen. Capit. Ita etiam sentire videtur Glossa in c. 1. Quid iur. si post alien. feudi vasal. recup. arg. c. 1. §. præterea. Quib. mod. feud. amir. Sonfbec. d. loco. num. 163.*

ASSERTIO XC.

*Vasallus sine veniâ dominum feudi in ius
vocare potest.*

DIGLADIANTVR & contendunt acriter inter se DD. An vasallus dominum in ius vocare possit non impetrata venia. Et communior receptiorque est DD. sententia, quod vasallus coram paribus curiæ cum domino suo litigare volens, possit dominum feudi non impetrata venia in ius vocare. Ratio decidendi est, quia edictum Prætoris, quo certæ personæ sine permisso Prætoris in ius vocari prohibentur, vasallum non comprehendit. Ergo cum hoc edictum sit pœnale *l. penult. ff. de in ius vocand.* non debet ad alios casus in eo expressè non comprehensos extendi, sed in suis casibus duntaxat obtinebit. Hæc est communis DD. opinio, quam adfessores supremi tribunalis in Camera imperii iudicando sunt secuti, teste *Mins. cent. 4. obs. 92. Borchelt de feudis. cap. 10. nu. 38. And. Gail. lib. sing. de pignorat. c. 15. nu. 4.*

Contra hanc decisionem adfertur tale argumentum. Libertus patronum sine venia in ius vocare non potest, sed vasallus & libertus equiparantur. *Preses. Euer. in Topic. in loco à liberto ad vasal.* Ergo & vasallo opus est veniæ impetratione, si dominum in ius vocare velit. Resp. Licet in multis vasallus & libertus inter se pares & æquales habeantur, non tamen in omnibus hæc equiparatio procedit. Longè enim arctius libertus adstrictus est

Etus est patrono, à quo accepit libertatem rem inæstimabilem. *l. libertas. ff. de R. I.* quam vasallus domino, qui tantum feudum accepit, ut ipse hæredesque eius domino fideliter seruiant. Adhæc æqualis est fidei relatio inter dominum & vasallum: sicut enim vasallus domino, ita è contra dominus vasallo reciproca fide est obstrictus. *tex. est singularis & notab. in c. vnic. de for. fidel.* quem textum jus sanctum continere, sed dominis terribilem esse. *Bald. ibid. notat.* Quod de patrono & liberto nullibi scriptum reperitur: fallax ergo est argumentandi genus à vasallo ad libertum. *Præses Ever. d. loco. num. vlt. Minf. cent. 4. Obseruas 91.*

Secundò in contrarium adfertur. *l. generaliter. ff. de in ius vocand.* vbi traditur, generaliter eas personas, quibus reuerentia debetur, in ius vocari non posse sine venia Prætoris. Ergo cum vasallus domino honorem fidem & reuerentiam exhibere teneatur, illum quoque absque venia in ius non vocabit. *Resp.* Dicendum est, quod ne prædicta lex superflua censeatur, illam hoc modo accipiendam esse, ut de illis personis accipiatur, quæ parentum loco habentur, ut sunt socer socrus, nouerca & vitricus. Præterea & propter reuerentiam marito debitam vxor eum non poterit in ius sine venia Prætoris vocare. *arg. l. alia. in fin. ff. Solut. matrim. Cuiat. lib. obs. 10. c. 10.*

Terriò opponitur *c. vnic. de vasal. mil. qui cont. est.* vbi dicitur, quoties vasallus de domino conqueritur, debet adire curiam, & salua reuerentia de jure suo cum domino experiri. *Resp.* Hæc verba, salua reuerentia, ad famosam actionem quam vasallus honestis verbis moderari debet, non ad citationem sunt restringenda. Sic enim in simili liberi & liberti contra parentes & patronos actionem famosam de dolo intendere non possunt, sed loco eius actionem in factum omitta doli mentione proponere debent. *l. non debet. 11. ff. de dolo.* Itaque hæc sententia tanquam verior, & juri magis consentanea retinenda est, quod vasallus dominum feudi sine venia in ius vocare poterit.

ASSERTIO XCI.

*Mutus, surdus, cæcus, furiosus, vel aliter imperfectus
in feudo non succedunt.*

COMPROBATVR hæc decisio hoc firmissimo argumento. Vasallus tenetur dominum in acie & prælio dimicantem adiuuare, & alia seruitia militaria ei præstare. *c. vnic. §. est & alia. Que sue. pri. caus. benef. amit. c. vnic. Quib. mod. feud. amit. c. vnic. vers. & si sciuer. de noua for. fidel.*

L 1 3

Hæc

Hæc facere non possunt mutus, surdus, cæcus, furiosus. Ergo meritò à feudi successione arcentur.

Verum in hac controuersia quæstione duo occurrunt textus feudales mirè variantes & dissidentes. Nam primò in *c. vnic. An mutus vel al. imperf. feud. retin.* ita constitutum est. *Mutus & surdus, cæcus, claudus, vel aliter imperfectus, etiam si sic natus sit, totum feudum retinebit.* Quidam tamen dicunt, cum qui talis natus est, feudum retinere non posse, quia ipsum seruire non valet. In tit. verò, *Episcop. & Abba. feud. dare non pos. §. ult.* in hæc verba respondum est. Mutus feudum retinere non potest, sed si feudū fuerit magnum, quo ei ablato se exhibere non valeat, tantum ei relinqui debet, vnde se sustinere possit. Et his casibus feudum amittitur, & ad dominum reuerti debet. Communiter DD. hæc capitula ita conciliant. Aut quis est à natura imperfectus, mutus, surdus, cæcus & furiosus, nullaque spes superest conualefcendi, & hic nec in feudo nouo, nec in paterno succedit. Aut factus est imperfectus ex accidenti, vitiumque hoc corporis vel animi medicorum arte est sanabile, & tunc in feudo succedet, & per substitutum præstare poterit seruitia. Hanc sententiam sequuntur & approbant *Alatrot. Prepos. Schenc & Baro in c. vnic. §. fin. Episc. vel Abba. Somsbec. parte. 12. de feud. num. 133. Wessingb. de feud. c. 6. nu. 20.* Et hæc opinio videtur satis comprobari in *d. c. vnic. An mutus vel al. imperf.* ubi cum primo posita esset opinio Gerardi & Oberti, quod mutus, surdus, cæcus, etiam si ita nati sint in feudo succedant, postea subiicitur diuersa & contraria opinio, hisce verbis. *Quidam dicunt, eum qui talis natus est, feudum retinere non posse.* Ex quibus apparet in posteriori sententia & opinione, quæ plerumque derogat priori, feudorum authores consistere, quod scilicet mutus, surdus, cæcus, vel aliter imperfectus, si ita nati sint, feudum retinere, vel in eo succedere non possunt. Si verò non ita nati sint, sed casu aliquo superueniente, vel ex accidenti cæci, muti, vel furdi facti sint, tunc in feudo succedant. Ita docet *Fachin. lib. 7. contro. c. 34.*

Sed in hac difficili controuersia hæc potius distinctio, tanquam textibus iuris magis accommodata, mihi sequenda videtur. Aut hi à natura ita procreati sunt, & tunc in feudo non succedunt. *d. c. vnic. §. fin. Episc. vel Abba.* Aut casu aliquo sine culpa sua, & ex accidenti ita facti sunt, & tunc quidem feudum ante imperfectionem investitura vel successione acquisitum retinent, & per substitutum seruitia præstabunt. Ita accipi debet. *c. vnic. An mut. vel al. imperf. in fin.* At in feudo nondum acquisito non succedunt, siue imperfecti nati vel casu aliquo facti sint ante acquisitionem feudi. Et ita intelligi debet. *c. vnic. §. fin. Episc. vel Abba.* Vel vt breuius & apertius dicam. Imperfecti quocunque modo, siue à natura, siue ex accidenti, in feudo

n feudo non succedunt, sed retinent feudum acquisitum, si post acquisitionem & possessionem feudi vitium illud imperfectionis vel inhabilitatis superueniat. Ita decidit eleganter *Vultei* de feudis. c. 9. nu. 64. & hoc modo hæc duo capitula dissidentia conciliat.

Illud extra controuersiam est, quod feudum de nouo recipere possunt, ui ex accidenti, vel etiam à natura muti, surdi, cæci, claudi, dementes vel alias imperfecti sunt. *Bald. & Aluar. in c. vnic. §. fin. Epif. vel Abba. &c.* Dominus nim illorum defectum sciens, & iisdem feudum concedens, ipsis etiam ratiam facere censetur, vt si per se commodè seruire non possunt, saltem ex substitutum seruiant.

A S S E R T I O XCII.

Liberi legitimati per subsequens matrimonium in feudo non succedunt.

NATVRALES filii ex concubina nati in feudis non succedunt, siue extent alii liberi legitimi & naturales, siue non. §. *naturales. Si de feud. def. content. sit lib. 2. feud. tit. 26.* Quod procedit siue feudum sit paternum, siue maternum. Vnde licet filius naturalis vel spurius de iure communi matri succedat in bonis allodialibus. *l. si qua illustr. C. Ad SC. Orfic.* in feudis tamen non succedit, etiam si feudum sit fœmineum, materque nullos alios liberos habeat. *Andr. de Iser. in d. §. naturales.* Cuius iuris ratio hæc est, quod domino paribusque curæ minus sit honorificum, in suo consorcio, siue sodalicio habere homines natalibus suis maculatos.

Sed quæritur & controuertitur ab interpretibus, Anne legitimati per subsequens matrimonium succedant in feudis. Et quidem inspectis textibus feudalibus, hæc quæstio satis clarè est definita, quod scilicet legitimati quocunque etiam modo sint legitimati, arceantur à successione feudi, per d. §. *naturales. Si de feud. defunct. conten. sit &c.* vbi expressis verbis decîditur, quod naturales filii, licet postea fiant legitimi, ad successionem feudi non admittuntur, vbi cum textus non distinguat in legitimatis, sed indistinctè omnes legitimatos à successione feudi repellat, neque nos distinguere debemus. Quod verò textibus feudalibus certò fuit decisum, id ipsi interpretes suis distinctionibus incertum fecerunt. Statuunt namque communiter DD. quod legitimati per subsequens matrimonium in feudis indistinctè succedant, non verò legitimati per rescriptum Principis. Ita tradunt *Iaco de Belui. & Andr. de Iser. in d. §. naturales.* Et hanc sententiam, quod legitimati

legitimati per subsequens matrimonium in feudis quoque succedant; receptam esse vsu in prouincijs Hollandiæ & West-Frisiæ, notat Nobilissimus IC^{us} Cornelius Neostadius in tract. de succes. feud. Holl. & Fris. c. 5. nu. 79. Quinimò & in Camera Imperij hæc sententia iudicando approbata est, vt notant *Mins. cent. 5. obser. 42. Wesemb. de feud. cap. 6.* Denique & hæc sententia quod legitimati etiam per rescriptum Principis tantum consequantur in bonis legitimantis quantum jus naturæ tribuit legitimis, iudicando comprobata est in curia prouinciali Hollandiæ in causa seu lite pendente inter fœminam quandam Santiam, & neptem ejus Mariam, quæ rescripto Principis erat legitimata. Ita decisum extat in *decisionibus supremi Senatus Holl. Zeel. & West-Fris. decis. 10.*

Communis hæc distinctio DD. hoc fundamento niritur, quod per matrimonium subsequens omnis macula quæ erat circa natales, sit sublata, quodque tempus huius legitimationis jungatur cum tempore conceptionis, vt ita medium tempus nunquam fingatur in rerum naturâ existisse, atque adeò nunquam illegitimos fuisse, per *c. tanta ex. Qui. fil. sunt legit.*

Sed ad hoc argumentum DD. responderetur, quod etsi matrimonio subsequenti omnia vitia purgata esse censeantur, id tamen respectu ipsorum natalium magis fictione quam veritate subsistit. Et quidem vt rectè dicebat Baldus, vulnus natalium legitimatione consolidatur, interim remanet tamen aliqua cicatrix, quæ occasionem huic juri feudali inducendo dedisse videtur: cum omnem omnino maculam, imò & suspicionem maculæ alicuius, dominus feudi & pares curiæ à curiâ remotam vellent. Præterea iure quidem ciuili & Canonico omnia vitia priora tolluntur per subsequens matrimonium, ita vt qui est effectus vtriusque illius iuris, æquè pertineat ad legitimatos per subsequens matrimonium, atque ad eum qui ab initio legitimè natus est. Sed quia hoc iure feudali non est constitutum, sed potius in genere legitimati sine distinctione modi legitimationis, à successione feudi arcentur, id quod iure ciuili & Pontificio constitutum est, jure feudali repugnante non est inferendum.

Non etiam valet expositio *Cuiarii & Borcholii* ad illum tex. d. §. *naturales.* qui cum textum interpretantur, quod tum naturales legitimati in feudis non succedant, quando post delatam successionem fiunt legitimi. Nam casus de eo, qui legitimatur per subsequens matrimonium, ne fingi quidem nedum esse potest, successione iam delata, vt pote quæ non deferatur, nisi mortuo vasallo, cum iam amplius matrimonium contrahere nequeat, ac per consequens, nec per matrimonium legitimare liberos. Licet igitur hæc sententia, quod legitimati per sequens matrimonium in feudis succedunt, in praxi & vsu forensi consulendo & iudicando quotidie obseruetur,

tur, teste *Sousf. conf. 1. cent. 1. num. 27.* & secundum eam in Camera Imperii iudicatum testatur *Musf. cent. 3. obs. 42.* tamen secundum veritatem & decisionem textuum feudalium certior & verior est sententia, quod legitimari per subsequens matrimonium à successione feudorum arceantur. Id manifestè probat tex. in d. §. *naturales*, ubi cum in genere negetur legitimatos in feudis succedere, consequens est omnes species sub eo genere comprehensas hoc est tam legitimatos per rescriptum Principis, quam legitimatos per subsequens matrimonium à feudorum successione arceri. Idque confirmatur etiam ex certissimo logicorum axioma, quod negato genere negentur omnes species sub genere comprehensæ. tex. ad hoc sunt in l. ult. c. de *usur. rei iud. l. 1. §. for. ff. de su. & leg. hered. ubi not.* Ita eleganter tradunt *Sousf. de feud. par. 9. num. 72. Valtre. c. 9. de feudis. num. 94. Horo. conf. 10. vol. 1.*

Legitimari autem per rescriptum Principis, omnino in feudis non succedunt. Ratio est, quia Principum beneficia ita restringenda sunt, ne noceatur aliis. Princeps non debet mihi auferre rem meam, & ius mihi quæsitum, nisi specialis, aliqua causa & commodum Reipub. intercurrat optimus est tex. in l. *nec auus. 4. C. de emancip. lib. l. 2. §. si quis à principe. ff. Ne quid in loc. pub.* Si autem legitimari per rescriptum Principis in feudis succederent, magna fieret iniuria agnatis, quibus ex providentiâ & pacto primi vasalli semel ius succedendi in feudo quæsitum esset. Sed dubitatur, si legitimari sint naturales, antequam de feudo vlla incidat quæstio, an tunc cum legitimis ad feuda rectè admittantur. Et verius est quod naturalis non succedat in feudo licet tempore inuestituræ in veniatur legitimatus. *Curr. 3. part. princ. feud. memb. 2. nu. 39.*

ASSERTIO XCIII.

*Vasallus tenetur dominum feudi in bello iuvare etiam
contra patrem suum.*

TAM arcta est obligatio, quâ vasallus domino auxilium præstare tenetur, ut nec pater quidem, nec filius, nec frater exceptus reperitur, imò verò difertè feudalibus consuetudinibus cauetur, vasallum contra hos teneri in militia iuvare dominum. c. 1. §. *fin. Hic finitur lex &c.* Quod etsi durum sit, & rationi naturali contrarium, servandum tamen esse, cum lex consuetudinis ita scripta sit, dicit *Zazius in epit. suâ feudo. par. 7. num. 28. arg. l. prospexit. ff. Qui & à quib. manu.*

M m

Sed

Sed hæc assertio omninò videtur repugnare præcepto diuino, quod dicat honorandum esse patrem & matrem, quod jus moribus & legibus humanis utique præstare debet. Imò nisi ad normam legis diuinæ leges & consuetudines humanæ exigantur, corruptelæ potius sunt quam consuetudines. Et hoc probatur in *c.1. §. sed est alia. Que su. pri. caus. benef. amitt.* Aliud est inquit, *fortè si idè non seruierit*, quia non potuerit, tunc enim secundum non amittit. Quomodo autem auxiliari dicitur posse domino, à quo bona habet, aduersus parentes, quibus vitam debet? Quomodo potest seruare mores hominum, & contemnere præceptum Dei. 2. Resp. Hæc doctrina feudalis, qua generaliter & indistinctè traditur vasallum auxilium præstare debere domino contra patrem, reducenda est ad honestatem & principia iuris naturalis, ne conuellantur jura sanguinis quæ sunt & dicuntur immutabilia. *§. penult. Inst. de iur. nat. gent. & ciu. Lib.1. sanguinis. ff. de R. I.* Itaque sic distinguendum est. Aut vasallus interpellatur à domino, ut auxilium sibi præstet in ea causa, in qua ipse dominus iniuste offenditur, & tunc tenetur vasallus auxilium & opem præstare domino contra proprium patrem. Ratio est, quia pater iniuste dominum vasalli offendens, agit contra ius naturale, quo hominem ab homine beneficio affici potius quam lædi æquum est. Itaque indignus esse censetur, qui ipse agens contra jus naturale, beneficium iuris naturalis expectet. Aut verò dominus iniuste bellum infert patri vasalli, & tunc tantum abest, ut teneatur feudi nomine contra patrem seruire domino, ut prorsus ab huiusmodi bello & munere sit excusatus, quod contra quemlibet iniuste & inique decernitur, ex communi DD. sententia per *c.1. vers. & si scinero. de no. for. fidel.* Ita eleganter & doctè tradit *Vultenus cap.10. de iure sue vsu feudi. num. 3.3.*

Non obstat tex. in *c. vasalli. de pace Constan.* ubi qui in bello iusto patriæ illato patriam potius defendunt, quam patronum seu dominum feudi, hi feudo non priuantur. Nam id clementer receptum est liberalitate Imperatorum. *§. pacem. d. tit.* Itaque non extenditur ad consequentias. *l. quod re. rd. 14. ff. de legib.*

ASSER-

ASSERTIO XCIV.

*Vasallus habet interdictum vnde vi contra dominum,
spoliantem se possessione feudi.*

VASALLO qui spoliatus est possessione feudi, interdictum vnde vi accommodatur, quia verè possidet. *c. vnic. §. fin. de no. for. fidel.* Sed controuertitur an hoc remedium detur ei contra dominum spoliato-rem. Et sunt qui putant eum hoc remedio contra dominum vti non posse, sed quod contra eum actionem in factum proponere debeat. *arg. l. 1. §. interdictum hoc. ff. de vi & vi arm.* Ita statuit *Molin. in consuetudin. Paris. tit. 1. §. 1. glo. 4. num. 35. Menoch. remed. 1. recuper. poss. num. 90.* Verior tamen & receptior est sententia etiam interdictum vnde vi vasallis contra dominos dene-gandum non esse. Sic tradunt *Iacobi. de S. Georg. de feudis super verbis, & dictis vasalli. pro dictis rebus. nu. 6. Andr. de 1 ser. in c. imperialem. §. illud. de prohib. feud. alien. per Frideric.* Eaque sententia in supremo tribunali Germaniæ iudicando obseruatur. Ita attestatur Academia Francofurtensis, *tertio tomo varior. con-silior. consil. 21.*

Sed videtur repugnare. *l. 1. §. ex interdicto. 25. ff. de vi & vi arm.* vbi tradi-tur, quod interdicto vnde vi conuentus facinoris Reus arguatur: Vnde dominus hoc interdicto à vasallo conuentus potest excipere debitum sibi honorem non ex hiberi, quasi facinoris grauioris arguatur, quod scilicet malo more vasallo vim intulerit. *Resp.* Cum dominus vasallum non ha-bet vt vasallum, vasallus non compellitur dominum habere vt dominum. *arg. cap. esto subiectus. 95. dist.* vbi dicitur, episcopi habeant clericos quasi cle-ricos, vt ipsis episcopis à clericis vicissim debitus honos deferatur: vbi adiicitur, scitum est illud oratoris Domitii, cur ego te habeam vt Princi-pem, cum tu me non habeas vt Senatorem.

Secundò opponitur, quod liberto in patronum interdictum vnde vi non competit. *l. 1. §. interdictum hoc. ff. de vi & vi arm.* *Resp.* A liberto ad va-sallum perpetuò non rectè argumentamur. Vasallus itaque interdicta pos-sessoria etiam aduersus dominum habet. Et hoc tunc maximè procedit, quando vi armata aduersus vasallum vtitur: hoc enim casu vasallo aduer-sus patronum etiam interdictum vnde vi competit, *d. l. 1. §. interdictum hoc. Vers. aliter atque. ff. de vi & vi arm.* Ita rectè & benè decidit *Borcholt. in tract. de feud. c. 9. de act. feudi. nu. 18. & 19.*

ASSERTIO XCV.

Frater fratri in feudo nouo non succedit.

IN feudo nouo frater fratri non succedit, nisi ex pacto, hoc est, nisi hoc nominatim in inuestitura sit expressum. §. *sin autem vnus. De his qui feud. dare possunt.* Id ex eo venit, feuda acquiruntur nobis & nostris posteris tantum, his deficientibus redeunt ad dominum. Et si duo fratres simul ab initio de vno eodemque feudo inuestiti sunt, vel simul habitantes communiterque viuentes, vnus eorum feudum acquisierit, tamen alter alteri non succedit. *c. vnic. §. duo fratres. de frat. de no. benef. inuest. c. 1. §. filia. de success. feudi.*

Quod tamen fallit, si feudum de nouo concessum indiuisibile sit: vt si iurisdicatio, ius patronatus, ius venandi, piscandi, vel aliud ius incorporale in feudum concessum sit. *Iaco. de Belui. Bald. & Aluarot. in d. §. si duo fratres.* Si quoque nouum feudum duobus fratribus vel pluribus, & singulis insolidum concessum fuerit, domino excluso, non decrescendi iure alter alteri succedet, id est eo iure, ne superstiti fratri aliquid decrescat. *Bald. in c. vnic. de success. feudi. per l. creditor. 60. §. duobus. ff. Mandati.* Tertio fallit in duobus fratribus inuestitis hoc pacto, vt ipsi & post eorum mortem filii etiam habeant feudum tunc enim & frater fratri succedit. *c. vnic. de duob. frat. à Capita. inuest. Iaco. de Beluis. lib. 1. feud. tit. 1.*

Sed in hac questione occurrit difficilis antinomia. Nam in *c. vnic. de benef. frat.* statuitur, quod si fratres de communibus bonis feudum emerint, quod tunc frater fratri succedat. E contra in *c. vnic. §. quod si. de frat. de no. benef. inuest.* deciditur, quod si à fratribus communi pecunia feudum sit acquisitum, ne tunc quidem fratrem fratri succedere. Hotomanus putat, diuersis feudorum auctoribus diuersum placuisse, & ita relinquit hoc in casu ius feudale dubium incertum, sicut in plurimis ferè locis iura feudorum potius euertit quam concordat vel illustrat. Verùm cum bono interpreti potius conueniat iura in specie pugnantiã conciliare, quam nouas contrarietates effingere, ita commodè hoc dissidium componi potest. Aut frater de communibus bonis emit feudum sciente domino, & hoc casu frater fratri succedit. Ita disponit. *c. 1. de benef. frat.* Aut verò ignorante domino eritum est feudum ex communibus bonis à fratribus, & tunc frater non succedit fratri, restituitur tamen fratri-superstiti pars pecuniarum contingentis. Atque ita accipi debet. *c. vnic. §. quod si. de frat. de no. benef. inuest.* Eamque conciliationem suppeditat ratio adiecta in *d. §. quod si. ne inuito domino*

domino alius acquiratur vasallus, quam quem voluerit, ut ita scientia & taciturnitas domini illa conditione feudi videatur importare voluntatem domini. Ita eleganter & exactè tradit *Vult. de feud. c. 9 de modis acquirendi feudi. num. 105. & 106.* Hæc obtinent in fratrum successione in feudo nouo. In veteri feudo rectè succedunt fratres, nam descendunt simul ex persona primi auctoris, feuda autem acquiruntur posteris. *c. vnic. §. his verò deficientibus. de success. frat.*

ASSERTIO XCVI.

Vasallus feudum refutare potest sine consensu domini.

QUÆSTIO elegans est, an feudum refutari possit sine consensu domini, si vasallus domino vel agnatis proximis velit feudum cedere. Et prima facie videtur non posse, quia inter dominum & vasallum nascitur vtròque obligatio, unde contractus appellatur. *l. Labeo. 19. de V. S.* qui sine vtriusque contrahentis consensu solui non potest. Sed his non obstantibus verius est eum feudum refutare posse. Ratio est, quia vasallus obligatus est domino propter rem magis quam personam, arg. *l. cum fructuarius. 64. ff. de vsufr.* ubi dicitur, si usufructuarius paratus est derelinquere usumfructum, onera propter eum imposita sustinere non cogitur. Ergo similiter cessat obligatio vasalli in feudo, desinendo rem possidere, non minus ac in fructuario: quia vasallus valdè similis est usufructuario. *c. 1. in fin. in quib. caus. benef. amit.* Quinimò textus apertus est in *c. 1. de vasal. qui cont. constit. Lothar.* quod vasallus inuito domino feudum renuntiare possit. Sic enim verba textus habent. Vasallus etiam sine voluntate domini rectè feudum refutare potest. Feudum enim principaliter conceditur in fauorem vasalli, ergo ipse potest fauori pro se introducto renuntiare. *l. penul. C. de pact.* Non tamen debet vasallus post refutationem feudi offendere dominum, hoc est, non poterit aduersus eum militare, licet non cogatur ei seruitium præstare: quia veteris beneficii memoria non debet aboleri. *d. c. 1. de Vasal. qui cont. constit. Lothar.* Hinc sequitur, si quis refutaret feudum antiquum, proximis agnatis cedendo, cessionem valere. *lib. 2. feud. tit. 39. de alien. feud. pater.* Vide amplius de hac quæstione differentem *Fachinam lib. 7. contro. c. 60.*

ASSERTIO XCVII.

*Feudo alicui, inconsulto domino, extra familiam legato,
ne quidem æstimatio debetur.*

QUÆRITVR, an si feudum alicui extraneo vasallo legetur extra familiam, qui aliàs successurus non erat in feudo, an saltem debeatur æstimatio. Et verior videtur probabiliorque sententia, ne quidem æstimationem deberi. Sic decêdit *Fachin. lib. 5. contro. c. 37.* Idque per subsequentes textus & rationes confirmatur. Primò quod nulla ordinatio in feudo defuncti rata permaneat vel valeat. *c. 1. de feud. success. in princ.* Secundò quod refragatur tex. expressus in *§. donare. Qualiter ol. feud. alie. por.* ubi traditur, quod nec feudum pro anima legari possit, & consequenter nec debetur æstimatio, arg. *§. non solum. Inst. de legat. l. apud Iulianum. §. constat. de leg. 1.* Adducitur & illud, quod ius testatoris in feudo morte eius extinguitur. Atqui tali casu, cum iuris merè personalis & cum defuncto perituri sit vlterior concessio, ea inutilis est, vt responsum est à Papiniano in *l. quod in rerum 24. §. 1. de leg. 1. l. vxor patru. 20. de legat.* Et per consequens nec æstimatio deberi potest, ne videamur implicare contradictionem dicendo legatum inutile esse, & simul utile ratione æstimationis.

Sed aduersatur. *l. non dubium 14. §. 1. de legat. 3.* ubi traditur, quod si quis rem alienam legauit, & dominus eam vendere nolit, vel immodico pretio vendere velit, quod tunc iusta æstimatio debeatur. Idem traditur in *§. non solum 4. Inst. de legat.* Sed hoc argumentum non pugnat. Nam res aliena non est omninò extra commercium, sed eius legandi & disponendi potestas est etiam non domino, quo ad id saltem, vt heres vel eam à domino redimere cogatur, & præstare legatario, vel eius iustam æstimationem. At verò cum feudum extra familiam suam vasallus alienare non possit, neque extraneo eius possidendi ius sit, adeò legatum eius inutile est, vt ne quidem æstimatio debeatur. per regulam traditam in *l. cum seruus. 39. §. vlt. de legat. 1.* Quod quando aliquid legatur, quod non est in commercio legatarii, tunc nec debetur æstimatio. Ita decidunt *Curtius in tract. feudo. par. 4. num. 126. Præses Euerar. in loco à feudo ad emphyt. num. 16.*

Secundò obijcitur. *l. 114. §. si quid alicui. de leg. 1.* ubi Martianus inquit, si quid alicui licitè fuerit relictum, quod ipse quidem propter corporis sui vitium,

itium, vel propter qualitatem relictæ, vel aliam quamcunque probabilem causam habere non potuit, alius tamen hoc habere potuit, quanti-
 olet comparari, tantam æstimationem deberi. Ergo cum vasallus extra-
 neo legat feudum, qui eius relictæ non est capax, tamen debetur ei æsti-
 matio feudi. Resp. In illa l. non fuit res legata, quæ non erat in commer-
 cio legatarii, sed talis res relictæ est, quam licitè & iustè habere potuit le-
 gatarius, verum ex probabili aliquâ causâ, veluti corporis vitio, aut pro-
 pter aliquam legati qualitatem, citra culpam suam fuit legati incapax, eo
 casu debetur legati æstimatione. Aliud est in feudo citra consensum domi-
 ni à vasallo extra familiam relictæ, quia hoc casu vel agnatis, ad quos esset
 feudum ex inuestitura peruenturum, vel ipsi domino, ad quem esset feu-
 dum reuersurum, præiudicaretur. Adde his, quod nulla defuncti ordinatio
 in feudo valet, quod si omninò non valet, nec quidem debetur æstima-
 tio ei, cui feudum testamento est relictum. c. 1. de success. feud. c. 1. §. donare.
Qual. olim feud. aliena pot. Ita deciderit Fachin. d. loco.

ASSERTIO XC VIII.

*Pater vni ex filiis feudum prælegare
 non potest.*

CONFIRMATUR hæc decisio primò per c. 1. de success. feud. ubi sta-
 tuitur, quod nulla ordinatio defuncti in feudo valeat. Ergo nec illa
 valet, qua vni ex filiis pater feudum prælegauit. Secundò hoc argu-
 mento comprobatur. Nemo potest legare ius, quod morte suâ perituru-
 rum est. l. vxor patru. C. de legat. l. quod in rerum. 24. §. si usufructum. ff. de legat. 1.
 Atqui ius quod pater in feudo habet, morte sua extinguitur, & aliis defer-
 tur, qui ex prima concessione vocati sunt. Ergò non potest pater de feudo
 ita disponere, vt vni filio illud relinquat, in præiudicium reliquorum. Ter-
 tiò omnes filii æqualiter in feudo succedunt. d. c. 1. de success. feud. Ergò non
 licet patri aliter disponendo, testamento efficere, vt vnus tantum ex filiis
 succedat, sed nihilominus filii reiecta dispositione patris in feudo æqua-
 liter succedent. arg. No. 2. & 22.

Pro contraria sententia, quod scilicet pater possit prælegare feudum
 vni ex filiis, adferuntur hæc argumenta. Primò ius patronatus descendit
 in omnes liberos patroni æqualiter. l. vt iurisiurandi. 7. §. vt liberi. 2. ff. de oper. li-
 ber. & tamen potest vni ex filiis assignari, aliis exclusis. l. 1. ff. de assign. liber. De-
 inde si quis rogatus sit aliquid familiæ relinquere, potest vnum eligere ex
 familia,

familiâ, cui relinquat. *l. vnum ex familia. 67. de leg. 2.* Sed respondetur quod argumentum de iure patronatus idè non obicit, quod pater de iure patronatus testari prohibitus non est, sicut de feudo prohibetur testari vassallus: imò testamento libertum assignare potest. *l. ult. ff. de assu. liber.* Similiter nec ille qui rogatus est aliquid familiæ relinquere, prohibetur de eo testari, dummodo vnum ex familia eligat, cui relinquat. *l. pater. 38. §. quidcum. de leg. 3. l. voluntas. C. de fiduciis.*

Secundò videtur ob stare *c. 1. §. omnes filii. Si de feud. def. conten. sit inter dom. & agn.* vbi traditur, quod si feudum ex diuisione ad vnum ex filiis peruenit, ille solus tenetur fidelitatem domino præstare. Vnde videtur colligi, quod valeat dispositio patris, quâ vni ex filiis feudum testamento assignauit. Resp. Licet patri hoc modo hæreditatem suam inter filios diuidere vt feudum vni assignet, aliis verò filiis alia bona allodialia: sed non quasi testatoris illa dispositio valet, sed tanquam pactio voluntaria fratrum, quibus feudum inter se diuidere vel refutare licet.

Terriò obijcitur hoc argumentum. Si pater vni ex filiis feudum prælegauerit, idè consistet legatum, quia non potest alter filius voluntatem patris impugnare, cum sit hæres, *lex quæ persona, ff. de R. I. l. cum à matre. C. de R. V.* Resp. Non est filius, qui hoc in casu voluntatem patris impugnat, sed est lex, quæ prohibet patrem de feudo testari, & consequenter ipsum feudum prælegare. Hæc est communis DD. sententia, quod patri non liceat vni ex filiis feudum prælegare. Ita statunt *Zaz. in 8. par. feud. in 3. part. vers. Et hanc partem, Tyr. in retractu. co. v. angu. §. 11. Gluff. 6. num. 23. Clarus in §. feudum, quest. 40. Curt. de feud. par. 4. nim. 132. Fachin. lib. 6. contro. c. 62.* Limitatur hæc decisio, nisi feudum acceptum esset pro se & filiis & hæredibus, & per consequens feudum esset hæreditarium, tunc enim vni ex filiis pater posset feudum prælegare, quia non potest in feudo succedere, nisi sit hæres, ideoque factum testatoris impugnare non potest. *l. cum à matre. C. de rei vend.* Ita decedit *Curium. d. loco.*

A S S E R T I O XCIX.

Feuda inter plures cohæredes diuidi possunt, etiam si unus ex consortibus tantum voluerit.

QUÆRITVR & controuertitur inter DD. An feudi deuifio fieri possit inter plures hæredes vassalli, etiam sine consensu domini. Et in hac quæstione hæc distinctio tenenda est & obseruanda. Aut sunt feuda

feuda regalia habentia annexam dignitatem, vt sunt, ducatus, marchionatus, electoratus, & comitatus: & hæc non recipiunt diuisionem. Itaque ditiones regales ducatum, marchionatum, vel comitatum, veluti immediata imperii membra, dominio vtili, dignitate vel titulo non possunt diuidi, quamquam administratio, & emolumenta propter publicam tranquillitatem aliquando diuidantur. tex. est in §. *præterea ducatus. de prohib. feud. alie. per Frideri.* Ratio duplex est. Prima ne dignitas diuisa ad nihilum redigatur. Altera est, quia vtilius est Reipub. per vnum regi, quam per plures. l. 2. §. *novissime. ff. de orig. iur.* Vnius namque politia est optima, & plurimorum politia difficilè est vt bona sit, cum plures ad virtutis meritum peruenire sit difficile. Quod inter alia insigni illo Homeri testimonio comprobatur. *ἔκ ἄλλων πολυκοίρανι ἢ εἰς κοίραν* & ἔσω. Multos imperitare malum est, tex. unicus esto, quia Principum multitudo Reipub. est onerosa. & vt in veteri prouerbio dicitur, Multitudo Imperatorum perdidit Cariam. At feuda minora non habentia annexam dignitatem, si voluerint consortes, diuidi possunt, etiam sine consensu domini, quamuis vnus tantum ex cohæredibus ad diuisionem prouocet. d. §. *præterea ducatus. §. omnes filii. Si de feud. def. conten. sit inter dom. & agn.* Ratio huius decisionis est, ne cohæredes & consortes inuiti cogantur in communione manere, quia communio multas solet excitare discordias. l. *cum pater. §. dulcissimis. de leg. 2.* Ita decedit & concludit *Gail. lib. 2. Obseruat. c. 153.*

Duo huic conclusioni videntur aduersari. Primò quod in feudis omnis alienatio inconsulto domino facta est prohibita. c. *imperialem. de prohib. feud. alienat. per Frider.* Sed diuisio est species alienationis. l. 1. C. *Com. utr. iud.* Ergo & illa jure feudorum prohibita censetur. Resp. Voluntaria alienatio feudorum tantum est interdicta, non verò necessaria, quam inuitus quis facere cogitur, vti est diuisio: ad quam hæres à cohærede prouocatus necessariò cogitur. l. *Julianus 13. §. idem Ulpus. ff. de act. empt.* Deinde diuisio potius est quædam refutatio & renunciatio feudi, quam alienatio.

Secundò contra id quod statuitur feudi diuisionem fieri posse, etiam si vnus tantum ex cohæredibus prouocet ad diuisionem, valde aduersatur textus in d. §. *præterea ducatus.* vbi textus ita habet, Aliud verò feudum si consortes voluerint, diuidatur. Ibi videtur affirmari ita demum posse fieri diuisionem feudi, si omnes consortes voluerint atque consenserint ut diuisio fiat. Verior tamen & crebrior est DD. sententia, ad diuisionem feudi sufficere unius ex cohæredibus consensum & prouocationem, & quod reliqui cohæredes prouocati cogantur vnus cohæredis voluntatem in facienda diuisione sequi. Ratio est, quia nemo inuitus cogitur in communione manere, l. *ult. C. Com. diuid.* nec contrarium jure

N n

feudi-

feudistico est receptum. Ergo jus commune est seruandum.

Nec obstant illa verba. Si consortes voluerint, quia ciuilitè exaudienda sunt, hoc est, si omnes consortes voluerint, vel aliquis eorum ad diuisionem prouocauerit. Neque enim quis inuitus in communione detinendus est. Hanc sententiam, quod feuda etiam sine domini consensu inter cohæredes diuidi possint, etiam si vnus tantum ad diuisionem prouocet, amplectuntur & approbant *Alexand. conf. 7. lib. 5. Iason in l. stipulationes non diuidantur. nu. 31. de verb. oblig. Molin. ad conf. Paris. Tit. 1. §. 20. num. 4. & §. 35. num. 2. Fachin. lib. 7. contro. c. ult. Gail. d. obseruat. 153. vbi notat hanc opinionem se vidisse de facto fuisse confirmatam. Latè & pulchrè tractant hanc quæstionem Duaren. c. 12. feud. num. 2. Vult. lib. 1. feud. c. 8. Oldend. in topic. in loco causâ generaliter.*

ASSERTIO C.

*Feudi substantialia pacto tolli vel mutari
non possunt.*

SUBSTANTIALIA feudi sunt, sine quibus feudum consistere non potest, quæ feudum necessariò comitantur, eique perpetuò adhærent. Hæc per pactum alterari vel tolli non possunt. Quamuis enim feuda ex pactis potissimum varientur, mutantur, informantur, ita vt in feudis ante omnia inspicere debeat tenor inuestituræ, qui omni iuri & naturæ feudorum derogat, teste *Baldo in c. vnic. de frat. de no. inuest. arg. cap. vnic. §. ult. tit. Per qu. si inuest.* tamen ea quæ pertinent ad substantiam feudi, pactis tolli, mutari, & infringi non possunt. Porro substantialia feudi hæc sunt. Primò quod feudum tantum consistat in rebus immobilibus, vel iis bonis, quæ vicem immobilium referunt. *c. 1. in fin. de feud. cognit.* Secundò ad substantiam feudi pertinet, vt sit gratuitum ex beneficio. Hoc disertè comprobatur *tex. in tit. In quib. caus. feud. amitt. §. ult.* vbi feudum definitur beneficium, quod ex beneuolentiâ dominus concedit vasallo. Hoc pactis abrogari & immutari non potest. Vnde non valet pactum quo debitor paciscitur cum creditore, vt si debitor statuto tempore pecuniam non soluat, pignus cedat creditori, & illud pro feudo habeat, sed transit hoc negotium in aliud gentis contractus. *c. vnic. de feud. dato in vic. leg. commiss.* vbi subiungitur hæc ratio, quod feudum non sub prætextu pecuniæ, sed amore & honore domini acquirendum est. Tertium substantiale feudi est, vt vasalli domino fidem, honorem & obsequium præstent: fidelitas namque est de substantia

substantia feudi, à qua feudum nomen accepit. Vnde & vasalli passim fideles in libris feudorum appellantur. Ideoque & fides pacto remitti non potest, & nullà inuestitura ei fieri debet, qui fidelitatem facere recusat. *c. vnic. §. fin. Per qu. si inuest.*

Sed huic conclusioni pleraque juris feudalis loca aduersantur. Nam primo statuitur in *d. c. vnic. §. si. Per qu. si. inuest. & tit. Qua su. pri. cau. benef. amit.* quod illud pacto rectè effici possit, quod iuramentum fidelitatis à vasallo non præstetur, quod tamen ad substantiam feudi omninò pertinere videtur. Ad hæc de natura feudi est, vt frater fratri in nouo feudo non succedat, cum ex communi iure feuda acquirantur nobis, & nostris posteris tantum. At tamè pacto rectè cauetur, vt etiam successio noui feudi ad fratrem perueniat. *c. vnic. §. si duo fratres. de frat. de no. benef. inuest. c. vnic. §. fin. de success. feud.* Denique videtur & hoc esse de substantia feudi, ne mulieres in eo succedat. *c. 1. de success. feud. c. 1. de alien. feud.* Attamen & hoc rectè pacto mutatur, si vel muliebres est feudum, vel si masculinum sit, pactum accesserit de fœminarum successione. *c. vnic. De eo qui sibi vel hered. suis. c. vnic. de feud. fœm.* Ad has obiectiones ita respondendum, quod distinguere oportet inter substantialia & naturalia feudi. Substantialia feudi dicimus, quæ feudum comitantur necessariò, naturalia quæ probabiliter & plerumque, Pacta non valent contra substantiam contractus feudi, at valent contra naturam feudi, quia res sine substantia esse non potest, at à natura sua recedere potest. Sic exempli gratia venditionis substantia consistit in merce, pretio & consensu. *§. 1. Inst. de emp. & vend.* Natura venditionis est venditorem teneri de euictione, & emptorem de periculo rei venditæ, etiam ante factam traditionem. *l. ex empto. 11. ff. de act. empti. tot. tit. de peri. & com. rei vend.* Sine substantialibus res esse non potest, at verò sine naturalibus res rectè consistere potest. Non valet igitur pactum ne pretium detur in venditione. *l. cum in venditione. 36. ff. de contr. empt.* At valet vt venditor teneatur de periculo rei venditæ. *l. 1. ff. de peric. & com. rei vend.* Item ne teneatur venditor de euictione. *d. l. ex empto.* Sic etiam in feudis iuramentum fidelitatis pacto remitti potest, ipsa fides verò remitti nequit. *d. §. ult. tit. Per qu. inuest.* Nam fidem præstare substantiam feudi respicit, iuramentum fidelitatis naturam tantum concernit, nec propterea censetur remissa fides, si remittatur iuramentum fidelitatis. Similiter est de natura feudi, vt fœminæ non succedant in feudis, quia non possunt dominum in bello adiuuare, & seruitia militaria præstare, propter quæ feuda plerumque dantur. *tit. Qua su. pri. caus. benef. amit.* Attamen pacto nihilominus rectè cauetur, vt fœminæ in feudo succedant. Quo casu fides mulieris electa censetur, nō vt ipsa seruiat, quod nō potest, sed in alio diligenter ex bonaq; fide substituendo per quē seruiat.

Nn 2

Denique

Denique & hoc pertinet ad naturam feudi noui, ne successio eius deuoluatur ad fratrem, sed potius ut ad posteros seu liberos vasalli pertineat: non verò substantiam feudi respicit. Vnde & hæc proprietas feudi pactis contrahentium mutari & variari potest. *c. rnic. de frat. de no. benef. inuest. fiuntque per hæc pacta feuda impropria*, sicut & iure communica quæ pertinent ad naturam contractuum, pactis rectè variantur & mutantur. *l. p. 4. §. 1. ff. de contr. emp. l. contractus. 23. ff. de R. I. l. 1. §. si conuenit. ff. de positi.*

F I N I S.



TRACTATUS BREVIS
PERSPICVVS ET SVCCINCTVS,
DE
PRIVILEGIIS
STVDIOSORVM,
DOCTORVM,
ET
PROFESSORVM.

Auctore
EVERARDO BRONCHORST
Daventriensi, IC.



LVGDVNI BATAVORVM
EX officinâ IACOBI MARCI,
Typographi Collegij Ill. Ordinum.

clō. Id. cxxi.

NOVA CONSTITVTIO IMP. FRIDERICI.

Imp. Fridericus regni sui fidelibus.

HABITA quidem super hoc diligenti inquisitione, episcoporum, ducum, abbatum, omnium iudicum, & aliorum procerum nostri sacri palatii examinatione, omnibus qui causa studiorum peregrinantur scholaribus, & maxime diuinarum atque sacrarum legum Professoribus, hoc nostrae pietatis beneficium indulgemus, ut ad loca, in quibus exercentur literarum studia, tam ipsi, quam eorum nuntii veniant, & in eis secure habitent. Dignum namque existimamus, ut cum omnes bona facientes, nostram laudem & protectionem omnimodò mercantur, quorum scientia totus illuminatur orbis, & ad obediendum Deo, & nobis eius ministris, vita subiectorum informatur, quadam speciali dilectione eos ab omni iniuria defendamus. Quis enim eorum non misereatur, qui amore scientiae exules facti, de diuitibus pauperes semetipsos exinanunt, vitam suam multis periculis exponunt, & à vilissimis saepe hominibus (quod graviter ferendum est) corporales saepe iniurias patiuntur? Hac igitur generali, & in perpetuum valitura lege decernimus, ut nullus de cetero tam audax inueniatur, qui aliquam Scholaribus iniuriam inferre presumat: aut ob alterius cuiuscunque Provinciae delictum siue debitum (quod aliquando ex perversa consuetudine factum audiuimus) aliquod damnum eis inferat. Scituris huiusmodi sacrae constitutionis temerariis, & ipsis etiam locorum rectoribus, qui hoc vindicare neglexerint restitutionem rerum ablatarum ab omnibus exigendam in quadruplum, notaque infamiae eis ipso iure irroganda, dignitate sua se carituros in perpetuum. Veruntamen si aliquis eis litem aliquam super aliquo negotio movere voluerit, huius rei optione data Scholaribus, eos coram domino, vel magistro suo, vel ipsius civitatis Episcopo, quibus hanc iurisdictionem dedimus, conveniat. Qui verò ad alium iudicem eos trahere tentaverit, etiamsi causa iustissima fuerit, à tali conamine cadat. Hanc autem legem inter imperiales constitutiones, scilicet sub titulo, ne filius pro patre &c. inseri iussimus. Datum apud Roncalias Anno Domini M.C. LVIII. mense Novembri.

TRACTATUS BREVIS,
DE
PRIVILEGIIS STUDIOSORVM
ET
DOCTORVM.

Præmissa brevi & dilucida explicatione,

AD

Auth. Habita C. Ne Filius pro Patre.



NOBILIS est *hac Auth.* & ut refert Salyc. hic, digna quæ aureis literis scribatur, in qua Imperator Fridericus primus cognomento Ænobarbus, seu Barbarossa, tria insignia priuilegia, Doctoribus, Professoribus, Magistris, omniumque liberalium, artium & scientiarum studiosis concedit. Adijcitur præterea præclara bonarum literarum commendatio, quod nimirum doctorum hominum scientia totus illuminatur orbis, quodque per literas & studia, subditorum mores ad honestatem & virtutes informantur, ut Deo ac Magistratibus promptè obediant, ita ut totius ciuitatis vera felicitas in doctrina literarum consistat.

Primum Priuilegium est, quod Studiosi non tenentur, pro suis personis, vel libris, vestibus, alijsque rebus, quas studiorum gratia ad Academiam aduehant, vel inde auehant, vlla pedagja, seu vestigalibus exsoluere.

I. Priuileg.
ut Studiosi
liberi sint à
vestigali-
bus.

Quod ex eo probatur, quod *textus huius Auth.* dicat Studiosos posse ad loca in quibus exercentur studia, securè venire, & ibidem securè habitare, Hanc sententiam veniendi interpretantur D D. ex emendationem

nem solvendorum vectigalium. Et rectè nam alioqui illud ius nullos speciales effectus haberet, cum alijs quoque omnibus concedatur securitas veniendi & proficiscendi ad publicas Scholas seu Academijs, nedum literarum Studiosis, *l. con. rait 13. ff. de offi. pref.* Itaque cum privilegia omnia ita interpretanda sint, vt aliquid operentur præter ius commune, ne frustra lata esse censeantur, *arg. l. si quis iudo 109. in principio de leg. 1. l. 1. ff. ad municip.* rectè inde colligitur à vectigalibus seu portorij alijsque oneribus Studiosos, & eorum libros, vestes & reliqua suppellectilia esse immunes. Ita tradit *Gloss. ordin. h. in verb. speciali.* quam approbat *Baldus h. num. 4. Salyc. & communiter DD.*

Idem confirmatur per *l. vniuersi C. de vectigal. & commerc.* vbi dicitur, quod pro ijs rebus quæ ad vsus proprios deferuntur, non soluitur vectigal. Atqui Scholares deferunt libros in Academiam in vsus proprios, scilicet ad incrementum & profectum studiorum. Ergo pro ijs non debet solui pedagium, vectigal, vel gabella. Pulchrè *Rebuff. de priuileg. Studios. Priuileg. 146.*

Pœna publicanorum exigentium à Studiosis vectigal.

Porro sciendum, quod si Publicani cogant Studiosos soluere vectigal, perdunt priuilegia, si quæ habent, text. singul. *in c. dilecti. 4. ext. de Priuileg.*

Præterea pœna capitali, id est deportationis seu exilij puniuntur. *d. l. vniuersi. l. penult. C. de nauicul. lib. xi. tit. 1. Rebuff. Priuileg. 148. in tract. de Priuileg. Studios.*

¶ I. Privileg. ne Studiosi patiantur Repræssalias.

I Ium Priuilegium est, quod nullus debeat Studiosis inferre iniuriam, nec ob alterius delictum aut debitum, damno eos grauare, hoc est non possunt Studiosi, aut eorum bona capi pro Repræssalijs, nec pro alienis debitis possunt arrestari.

Casus hic accidit aliquando in persona *Ægidij Elzevirij Filij Pedelli*, qui pro debito Illustrissimorum Ordinum huius Patriæ fuit arrestatus à *Vicario Regis Daniae Ranzovio*. A quibus repræssalijs liberauit eum Senatus Academicus datis ad Dominum Ranzovium literis: quibus nomine Rectoris Academici ad eum scribebatur, vt eum ab arresto & repræssalijs liberum dimitteret, si quidem Studiosi, Pedelli, aliaque Academiae membra, pro alienis debitis capi prehendi & detineri non possunt.

Adijcitur

Adiicitur *in hac Auth. in vers. scituris*, hæc pœna, quod huius Priuilegij violatores, item iudices hoc vindicare negligentes restituant Studiosis ablata in quadruplum, atque infamia notentur, carcantque dignitate & officio suo in perpetuum.

Pœna triplex in eos qui excident in Studiosos Repressalias.

Præterea norandum, quod hæc Priuilegia Studiosis concessa, etiam extendantur ad eorum Famulos, Pedellos, Nuncios, Notarios, Bibliopolas, & Typographos Academiae. *text. h. in princ. in verb. tam ipsi quam eorum Nuncij. facit. l. non alias. 24. §. 1. ff. de iudic.*

Extensio Priuilegij.

Ratio est, quia hisce personis Studiosi carere non possunt, & sine horum ministerio non potest commodè Academia gubernari vel administrari.

III. Priuilegium est, quod qui litem inferre vult Studiosis debet eos apud Rectorem Vniuersitatis, vel Episcopum loci, si hoc maluerint Studiosi, conuenire. *text. h. in vers. Veruntamen. concordat. §. ult. in præfatione Digestorum.*

III. Priuileg. ut conueniantur Studiosi coram suo Rectore.

Itaque coram ordinario iudice vel prætore istius ciuitatis in qua Studiosi Academiam frequentant, non sunt conueniendi, quia Prætor vel Præfectus vrbis in eos non habet jurisdictionem, ex hac constitutione.

Qui vero Studiosos ad alium iudicem traxerit, etiamsi causa iustissima fuerit, ea priuatur, h. e. litem amittit, *text. h. in vers. veruntamen.* Idem statuitur in Clericis. *Auth. statuimus*, vbi est *text. elegans. C. de Episc. & Cler.* quod scilicet qui trahit Clericum ad iudicem incompetentem, causa cadat; Et alias pro regula generali traditur, quod trahens aduersarium ad iudicem incompetentem, causa cadat. *l. in criminali. §. C. de iurisd. omni. iudic.*

Sed an hoc Priuilegium etiam in causis criminalibus concedatur Studiosis? dubitatur. Et dicendum, quod Studiosi in criminalibus quoque causis, non possunt apud alium Magistratum, quam Rectorem accusari & puniri. Ita *Accurs.* statuit *hic in verb. litem.* Eaque est communis D D. opinio teste Oldenderpio. in *libello de iure singulari cap. 4. de Priuileg. Professorum.*

I V. Priuileg.
quod Stud-
dioſi & Pro-
feſſores im-
munitatem
habent à ci-
uilibus mu-
neribus.

His adjuſgendum VI^{um} Priuilegium, quod ſcilicet Profeſſores DD. & Studioſi ab omnibus muneribus perſonalibus, & quibuſdam patrimonialibus vacationem habent, vnde non poteſt de iure ipſis imponi collecta. *l. 1. & l. 2. C. qui eta. vel profeſſ. ſe excuſ. vbi deciditur, quod Studioſi maximè iuri operam dantes, habent immunitatem à muneribus perſonalibus vſque ad annum viceſimum quintum. lib. 10. c. 49. l. medicos & ibi Bartol. de Profeſſ. & medic. lib. x. C. tit. 52.* Hinc & hoſpitiſ recipiendi neceſſitas, & angariarum præſtatio (h. e. iumentorum, plauſtrorum, vel nauium ad vſum publicum tranſuectio) liberalium artium & ſcientiarum Profeſſoribus DD. atque Studioſis ſunt remiſſa. *l. vlt. §. vlt. ff. de mun. & honor. l. ab his. i. off. de vacal. mun.*

Vnde & ex ſtatutis huius Academiae Leydenſis Studioſi exteri ſcilicet non ciues non tenentur ad excubias diurnas, vel nocturnas, vel ad cuſtodiam portarum ciuitatis, nec ad onus recipiendi hoſpites in ſuis domibus. Huc valde pertinet. *l. 2. C. de incol. lib. x. tit. 39.* vbi dicitur, Quod qui Studioſorum cauſa in aliquo loco degunt non ſunt incolæ, id eſt ad onera ciuilia non vocantur, neque parentes qui ad eos frequenter cômmeant, niſi ibi DE CENNIVM conſumpſerint, tunc enim non ſunt amplius Scholaſtici, ſed incolæ.

Limitatio. I. Ceſſant hæc Priuilegia in Studioſis qui quinquennio ab Academia abſuerunt, quia tanto tempore Studioſi abſentes perdunt priuilegia. *arg. l. penult. & vlt. C. de com. mea. lib. 12. tit. 43. l. 2. C. de primicer. lib. 12. c. 7.* Intra quinquennium autem Studioſi, licet abſentes, retinent ſua Priuilegia, quia cenſentur habere animum reuertendi. *arg. l. 5. in fin. ff. de captiv. Bald. hic. nu. 22. Fac. l. ſi quis. C. de domeſt. & proteſt. lib. 12. tit. 17.* vbi dicitur quod qui quinquennio à publicis muneribus abeſt, tanquam deſes, omni dignitate ſpoliari debet. *fac. l. vlt. C. de aduoc. diuerſ. ind.* vbi Juſtinianus Imperator conſtituit, quod ſi Advocatus vltra quinquennium abſuerit, de matricula penitus aboleatur. Pari modo ſi Studioſus per quinquennium ab Academia abſuerit, & eo tempore elapſo ad eandem fuerit reuerſus, pro Studioſo non habetur, niſi de nouo immatriculetur.

Denique non fruuntur hiſce Priuilegijs Scholares, Vagabundi, qui non audiunt publicas lectiones, quia non funguntur officio Scholarii.

rium. arg. l. 1. C. de tyron. lib. 12. tit. 44. vbi dicitur quod nullus tyro vagus accedet ad militiam, nam vagabundus Scholasticus raro fit Magister, vt ait Gloss. in d. l. 1. & notat Cynus in l. 4. C. de sponsal. quod non sunt Scholares qui habent oculos ad fenestras, os ad bechirum, libros ad Hebræos. Debet ergo Studiosus continuo & assiduo labore inuigilare studijs securus illud I Cti Ioannis Fabri præceptum,

*Si quis forte velit Iuris-Consultus haberi
Continuet studium, velit à quocunque doceri
Invigilet nec vincat eum tortura laboris
Fortius insurgat, cunctisq; recentior heris.*

Moueat quoque eos exemplum I Cti Ioann. Andrea qui ad Specul. in tit. de salarijs. §. sequitur, dicit se quinquaginta annos juri studuisse, & Baldi I C. qui in proemio feudorum se quadraginta annos Juris studio operam dedisse refert. Cato tanta legendi auuiditate tenebatur, vt nunquam fatiari posset, sed in curia semper legere solebat, dum cogeretur Senatus, facit huc illud vulgarum apophthegma, quod Studiosus juris, debet habere ferreum caput, plumbeas nates, & auream crumenam. Denique meminerint eius sententiæ quam dixisse fertur Iulianus, in l. apud 20. ff. de fideic. libert. Ego discendi cupiditate, quam solam vivendi rationem optimam in octauum & septuagesimum ætatis annum duxi, memor sum eius sententiæ, qui dixisse fertur, καὶ τ' ἕτερον πῶδα ἐν τῇ σῶζῳ εἶχω, ἐπὶ πρῶτα βουλοίμην.

Vtum Priuilegium est, quod Studiosi conuenti in foro Academico, non coguntur dare extraneos fideiussores, sed sufficit dare alios Studiosos & vades, licet ipsi sint ad conueniendum difficiles. text. in l. vlt. C. de priuileg. scholar. vrb. Romæ lib. 12. tit. 30. Rebuff. de Priuileg. Studios. priuileg. 171.

Vtum Priuilegium est, quod Scholaris non finito tempore locationis recedens de domo conductâ, propter pestem vel aliam iustam causam, non tenetur ad pensionem totius anni, etiamsi illam domum vel cubiculum illud per integrum annum conduxit, sed temporis solius quo illam domum vel illud cubiculum inhabitauit, l. habitatores. 27. §. fin. ff. loca. Rebuff. de priuileg. Studios. 21. Ratio est, quia pestis est fugienda c. negotiatorem Clericum fuge veluti quandam pestem. distinct. 88.

Et Medicorum est consilium.

*Hæc tria præcipue tollunt aduerbia pestis
 Longe, cuto, tardè, cede, recede, redi.*

Menoch. remed. x. recup. poss. ff. nu. 106. Couarru. in pract. quest. cap. 30. nu. 3. Borcholt. in tract. de stud. cap. 8. nu. 2. per d. l. habitatores. §. fin. vbi dicitur, quod si inquilinus ante finitum conductionis tempus emigravit ex domo conductâ, non debet mercedem soluere, si iusta fuit timoris vel periculi causa.

VII. Priuilegium est quod pater potest compelli administrare sumptus Studiorum, filio suo volenti studere. l. de bonis 6 §. non solum. ff. de Carb. edict. cuius verba sunt, non solum præstari alimenta debent pupillo, sed etiam in studio & alias impensas debet impendi pro modo facultatum. l. Macedoniani. §. C. ad S. C. Macedon. Pulchrè Rebuff. d. loco. prin. l. 55. l. qui filium. ff. vbi pupill. educ. deb. Facit illud sapientis Catonis,

*Cum tibi sint nati, nec opes, tunc artibus ipsos,
 Instrue quo possint inopem defendere vitam.*

Intellige autem parentes tantum posse compelli ut curent liberos institui quoad Grammaticam, seu ut curent liberos scribere & legere, cum ista disciplina sit homini necessaria, in legibus vero & iure Ciuili non tenetur pater dare erudiendum filium, nisi hoc exigat qualitas ingenij, & quantitas bonorum. Quod iudicis arbitrio relinquetur. Rebuff. d. loc.

VIII. Priuilegium est quod filius non teneretur sumptus à parentibus in studia collatos post mortem eius conferre, sed habebit eos præcipuos. l. quæ pater. 50. ff. famil. crese. Similiter quod pater expendit in promotionem, puta Doctorem vel Magistrum filij, hoc filius habebit præcipuum, nec tenetur cum fratribus aut sororibus conferre, l. 1. §. nec castrense. ff. de collat. bonor. Eodem modo si filius familias scholaris viuo patre debito studij causa contraxit, mortuo patre non tenetur cum alijs fratribus succedens, de sua parte totum debitum exoluere, sed satisfieri debet de communi hereditate, tanquam æs alienum patris vel hereditum, l. si filia. 20. §. idem scribit. C. §. Meritum. ff. famil. crese. Rebuff. d. loc. prin. leg. 59. Expense vero Studiorum patre mortuo factæ non debent à fratribus ex communi hereditate persolui, sed debet eos filius ex proprijs bonis præstare & satisfacere. l. Lacus. §. idem respondit. vbi Bart. ff. de Mun. l. 1. §. si l. an. ff. de collat. bono. lex parte §. filius. C. l. si filia. ff. Fam. crese. Wessingb. consil. 80. num. ult.

IX. Pri-

IX. Priuilegium est, quod si filiusfam. cum voluntate patris in Scholis existens acceperit pecuniam mutuo, etiam patre inuito, hoc mutuum poterit à patre repeti. *l. item si filiusfam. 7. §. proinde ff. ad S. C. Macedon.* Dummodo non excedat filius eam quantitatem, quam pater solebat filio subministrare. *d. §. proinde.* Et sic fauore Studiorum cessat S. C. Macedonianum in Studiosis. *l. Macedoniani. 5. C. ad S. C. Maced. fac. l. si longius. 18. in fine. ff. de iudic. in verb. ne egestate laboret filiusfam. viaticulo suo non recepto, quod ad sumptum Studiorum pater ei destinauerat.*

X. Priuilegium est, quod Studiosus capi, vel abduci captiuus ex Academia vel Schola publica non potest, *arg. c. quisquis & consuetum 17. q. 4.* ubi dicitur quod domus Episcopi habet immunitatem, quod inde captiuus abduci non possit. Vnde hoc fortius procedere debet in loco Academico. Pulchrè *Rebuff. de Priuileg. Studios. priuileg. 102.* Vbi id varijs argumentis & consuetudine receptum probat, atque ob id quosdam satellites, qui Studiosum ex Academia extraxerant, suspensos fuisse in Academia Tolotana. Excipitur crimen hærescos & læsæ Maiestatis. *c. 1. de homicid. l. quisquis. C. ad l. Iul. Maiest. Rebuff. ibidem* quia tunc potest dici: Ab altari euellere eos, ut moriantur.

XI. Priuilegium est, quod licet filiusfamilias non possit testamentum facere, tamen Studiosi & liberalium artium Magistri, Doctores, Aduocati, Consiliarij, Notarij, licet filijfam. sint, possunt de bonis ex professione, vel patrocinijs causarum acquisitis, tanquam de peculio quasi castrensi testamentum condere. *l. ult. C. qui testam. fac. poss. l. ult. §. de aly. C. de inoff. testam.* Ratio est quia filijfam. in castrensi peculio vel quasi, vice patrisfamilias funguntur. *text. & Gloss. in l. 2. ff. ad S. C. Macedon.* Ideoque consequens est eos testari posse. *§. 1. Inst. Qu. non est perm. test. fac.*

XII. Priuilegium est, quod Scholares, qui absunt Studiorum causa extra continentia viris, pro præsentibus habentur. Vnde gaudent commodis & Priuilegijs eorum, qui præsentibus sunt. *c. relatum. & c. tunc fraternitati. 12. ex. de Cler. non resident. text. elegans in c. ult. ex. de Magist.* Non enim abesse videntur, qui Studiorum causa absunt. *l. quæstion. 78. de leg. 3. l. Scia. 20. §. Pamphila. ff. de fund. Inst.* Et absentia Studiorum causa dicitur iusta & probabilis. *l. si longius. 18. §. 1. ff. de in lit. l. nec um 28. ff. ex qu. cau. maior.* Ex hoc Priuilegio & hoc tanquam consecrarium producit, quod Scholastici sine Studiosi præbendarum

aut beneficiorum possessores, studentes in scholis vel Academiis privilegiatis, percipiunt fructus beneficiorum suorum, quos perciperent, si praesentes essent in beneficio, *C. tua. de Cler. nonresident. c. cum ex eo. de elect. in 6. c. ult. ext. de magistr.* Vide Horatium lucium hoc latius explicantem in tract. de priuil. scholar. priuil. 98. Pet. Gregor. lib. 18. de Republ. c. 7. Rebus. in priuil. studios. priuil. 31. & 32.

XIII. Priuilegium est, quod Scholaris potest expellere Fabrum malleo obstrepentem & pullantem & pullantem prope domum Scholaris, *arg. l. vnic. in fin. C. de stud. liberal. vrb. Rom. lib. 11. tit. 18.* Vbi prohibetur ne discipuli vel magistri sibi invicem obstrepant, neue linguarum aut vocum permista confusio, aures vel mentes quorundam à studio auertat. Quae ratio etiam militat contra artificem, vel Fabrum malleo obstrepentem. Ergo & eadem Iuris decisio seruanda est. *l. illud. ff. ad L. Aquil. Horatius Lucius, de priv. scholar. priuil. 46. Bart. in l. 1. ff. solut. matr. in ult. column. vbi dicit, quod ad officium Iudicis pertinet, quicquid sit juxta scholas, per quod lectura impeditur vel auditores turbantur, remouere.* Approbat & confirmat. hanc decisionem. *Reyger. in thesaur. iur. in loc. de artific. & mercator.*

Vnde etiam statutum in vrbe Leydensi extat, quod nulli Fabri lignarii, ferrarii, vel alij opifices, qui suo strepitu Professorum vel studiosorum exercitia turbare possint intra. x x. perticas possint circa Academiam vel Scholam triuialem habitare.

XIV. Priuilegium est quod Scholares delinquentes mitius puniuntur quam alii. Quod cum demum procedit, si Scholaris excellenti ingenio & eruditione sit praeditus, *per. l. ad bestias. 31. in verb. Si eius roboris, vel artificii sint, digne Pop. Rom. exhiberi possint. ff. de pæn.*

Quam legem primum adduxit & allegavit Azo, qui cum propter homicidium plectendus esset, & iam ad supplicium deduceretur, exclamauit AD BESTIAS, AD BESTIAS. Quod Iudicibus ab eo deludi existimantibus, tantum absuit, vt gratiam sibi conciliaret, vt eorum iram ad necem vsque concitauerit, vt refert *Alciatus lib. 9. Parergon. cap. ult.*

XV. Pri-

X V. Privilegium est, quod licet Actor sequi debeat forum Rei. l. 2. & 5. C. de Iurisd. tamen Scholares actores suos debitores coram suo Rectore Academiæ convenire possunt *text. in Auth. habita. in fi. vers. Qui vero ad alium Iudicem eos trahere tentaverit, à tali conatu cadat. Rebuff. privil. 162.* Quod & statuto huius Academiæ expresse cauetur, dum dicitur, quod Studiosi siue actores sint siue rei, siue illis cum Studiofo, siue ciue sit controuersia, non nisi Recloris Judicium subire cogantur. Idque observatum in causa Studiosi cujusdam nobilis nominati Endelgeest qui Studiosus convenit colonum suum ad soluendam pensionem prædij conducti in foro Academico, cum ipse colonus extra Academiam in pago Voorschoten habitaret.

SEQVUNTUR



SEQVUNTUR ALIQVOT
PRIVILEGIA DOCTORVM,
ET
PROFESSORVM.

I.



DOCTORES propter summam dignitatem, omni carceris periculo vacant, etiamsi æs alienum propter inopiam dissolvere non possint, neque bonis cedant. *l. medicos. C. de Professor. & medic. lib. 10. tit. 52. vbi notat Bartol. D D. non posse capi personaliter, seu duci ad iudicium, vel curiam, & ibi Gloss. valde notabilis, imo addit Bart. in l. 1. C. eod. quod extrahens Doctorem de domo sua, pœna capitis teneatur, per d. l. medicos. Ad l. miles. 6. ff. de re iud. vbi militibus hoc Privilegium conceditur, quod non teneantur ultra id quod facere possunt, sed etiam eorum habenda est ratio, ne egeant, l. sunt qui 16. cum ff. seqq. & l. inter eos. 19. in ff. eod.*

At vero quod ibi de militibus statutum est, hoc extenditur ad Doctores legum, & Aduocatos. Nam hi comparantur militibus, ideoque non conueniantur, nisi in quantum facere possunt, per l. Aduocati. 14. & l. fori. 3. vbi Aduocati militare dicuntur. *C. de Aduoc. diuers. Iud. Gu. Pap. qu. 388.* Imo nec pro debito capi, incarcerationi, aut arrestari possunt. *Præs. Euerardi in loc. legal. in loc. à milite arm. milit. ad militem coelest. milit. in princ.*

II.

Doctores de crimine quamvis capitali suspecti in carcere detineri non debent, sed liberantur à pœna vel custodia carceris, si fideiussores dent iudicio sisti, *text. in l. si gravis. 16. l. quoties 17. C. de dignitat. lib. 12.* Idque probant interpretes, per l. 1. ff. de custod. reor. Quod tamen ita temperandum est, vt Reus Doctoratu insignitus, non omnino liber dimitti, sed quod loco carceris ei ex arbitrio iudicis domus vel ciuitas certa cum custodia militum assignari, vel etiam remota custodia in certum locum arresto constringi debeat. Ita notat *Prosper Farrinacius in praxi criminali. tit. 4. quæst. 33. nu. 60. & seqq.*

III. Doctores

III.

Doctores quamuis de crimine suspecti & legitimis indicijs grauati, torturæ subijci non debent, *arg. l. milites. 9. C. de quest. vbi dicitur milites non esse torquendos.* Vnde colligitur neque Doctores torturæ subijciendos. Ratio est, quia omnia Priuilegia quæ militibus competunt, non propter imperitiam juris, sed dignitatis vel publicæ vtilitatis causa, etiam D D. concessa sunt. *Bart. Cyn. & Salyc. in l. 1. C. de iur. & fact. ignor.* Idem quoque tenet *Cynus in d. l. milites. 9. & l. 4. C. ad l. iul. Maiest.* Nam ne decuriones quidem, quorum minor est quam Doctoratus dignitas, torqueri possunt, *l. decuriones. 6. C. de quest. Idem addit. ad Gloss. expresse statuit in d. l. milites. 9. C. de quest.*

IV.

Doctores maximè legum, sicut & Aduocati, pro nobilibus sunt habendi, *l. prouidendum. 7. C. de postul. vbi Gloss. dicit, quod scientia nobilitat. fac. l. 1. ff. de extraord. cognit. vbi dicitur quod sanctissima ciuilis sapientia pretio nummario æstimari vel comparari non potest.* Comprobat hoc *l. scire oportet. 13. §. aliud autem. ff. de excus. tur. vbi Scævola, Paulus, & Vlpianus, dicuntur Coryphæi. i. Principes, vnde nobilium Priuilegia etiam Doctoribus competunt. Bart. in l. medicos. C. de profess. & medic. lib. 10.* Vnde etiam Doctores, quia nobiles sunt, in delictis corporis pœna luendis mitius puniendi sunt, quam ignobiles. Sic enim quando agitur de pœna corporali, mitius puniuntur quam ignobiles. *Clar. lib. 5. sent. §. fin. nu. 24. per. l. aut facta 16. §. persona. ff. de pœn. l. sacrilegij 6. in princ. & §. 1. ff. ad l. iul. pecul. l. 5. §. pen. ff. ad l. Corn. de fcar. l. Padus. 4. §. 1. & l. ult. ff. de incend. ruin. nauifr. Couarru. lib. 2. Var. resoluc. c. 9. num. 3.*

V.

Doctores propter dignitatis seu nobilitatis prærogatiuam hoc habent Priuilegium, quod testimonij dicendi, vel iurisiurandi causa domo ad tribunal iudicis vel Magistratus euocari non debent, sed ad ipsum iudex quempiam mittere debet, qui iurisiurandum vel testimonium ab eo domi recipiat. *l. ad egregius. 15. ff. de iureiur.*

VI.

Filij Doctorum & Professorum debent extraneis in lecturis præferri, nec aliquid pro examine aut alijs sumptibus Doctoralibus exsoluere coguntur. *l. iubemus. 3. circa medium. C. de Aduoc. diuers. iudic. Praeses Euerardi. Consil. 193.*

P p

VII. Hoc

VII.

Hoc etiam Priuilegium Doctori tribuitur, quod Doctori quamuis unico testi attestanti de peritia sui discipuli plena fides adhibetur. *l. nemi. xi. C. de Aduoc. diuers. iudicior. vbi Baldus.*

VIII.

Doctores quouis tempore & loco arma gestare possunt, *arg. l. ult. C. de prepos. sacri cubiculi. lib. 12. tit. 5. Bart. in l. medicos C. de profess. & medic. lib. 10. vbi dicitur, quod viri illustres possunt vti cingulo militari.*

IX.

Nonò ex constitutionibus imperij in Comitijis Francofurti Anno 1577. habitis concessum est Doctoribus eorundemque vxoribus ius vestimenta ornamenta, & aureas catenas, annulosque iuxta dignitatem & Priuilegia suagerendi. Idem confirmat *Guid. Pap. quest. 88. vbi notat, quod Doctores juris censerì debent nobiles, quia à Populo taliter nominantur & reputantur. Vnde etiam gestant, ZONAM vel catenam DEAVRATAM, quod non faciunt plebei.*

X.

Decimum Priuilegium est, quod Scholares & discipuli inopi Doctori & Præceptorì alimenta suppeditare tenentur. Quod probatur exemplo Massurij Sabini qui propter inopiam plurimum à suis auditoribus sustentatus est. *l. 2. §. fin ff. de Orig. iur.* Idque euidentis ratio naturalis dicat, qua naturali obligatione vt beneficentibus gratias rependamus, discipuli suis præceptoribus obstringuntur. *l. sed etsi. 25. §. consuluit. ff. de pecir. hered. l. Aquilius Regulus. 27. ff. de donat.* Parentibus enim & præceptoribus (vt eleganter & præclare Seneca loquitur) non potest reddi æquiualens. Et Alexander Magnus Imper. pluris faciebat præceptorem suum Aristotelem, quam proprium patrem Philippum, quia ab hoc nascendi, ab illo bene nascendi initium sumpserat. Pulchrè Lipsius in epistolis. *Nasci vulgare est bene institui, altera vita est.*

XI.

Vndecimum Priuilegium est, quod Doctores immunes sunt ab omnibus oneribus & muneribus publicis & ciuilibus. *l. medicos. C. de profess. & medic.*

& medic. lib. 10. proinde non tenentur excubias agere, nec milites hospitio recipere, nec diurno nec nocturno tempore ad portas vigilare, nec loriceis vel alijs armis, quæ ciuibus imponuntur, instructi esse coguntur, nec denique collectam soluere tenentur. *text. notab. in l. sancimus. 6. C. de Aduoc. diuersiudicior.* vbi dicitur, quod Aduocatis nulla debet ingeri peræquatio. h. e. vt interpretatur Accurs. nihil collectarum nomine debet eis iniungi, facit quod Sacerdotes à talibus contributionibus eximuntur, *c. cl. rici, de immuni Eccles. in 6.* Sed Doctores legum sacram ministrare dicuntur, & Sacerdotibus æquiparantur. *l. 1. in verb. cuius scilicet artis æqui & boni nos quis merito Sacerdotes appellet. ff. de Iust. & iur. Ergo & c. Guid. Pap. quest. 388. Latè Menoch. in arbitr. iudic. quest. lib. 2. cent. 4. casu 379.*

XI I.

Duodecimum est, quod Doctor qui tranquillum & quietum habitandi locum ad studia sua excolenda nullibi in ciuitate, quam in ea placeat, vbi faber habitat, reperire potest, fabrum sibi obstrepentem & turbantem sua studia expellere potest. *arg. l. vnic. in fin. C. de liberal. stud. urb. Rom. lib. xi. tit. 18.* Quod tunc maximè locum habet si Doctor præuenit fabrum in habitando, vt tunc à Doctore ex vicinia eius possit expelli, ne clamore & strepitu turbet eius studia. *arg. l. 2. §. si quis nemine ff. ne quid in loc. publ. Mantua in dialogismo seu glossar. iuris class. l. c. 14.*

XI I I.

Doctores juris qui in Academijs XX. annos docuerunt illustres seu nobiles efficiuntur, & comitum Palatinorum titulo & honore gaudent *arg. l. vnic. C. de Profess. qui in vrbe Constantinop. lib. 12. tit. 15.* vbi eiusmodi Professores juris, qui per XX. annos publicè professi sunt, æquiparantur COMITIBVS & vicarijs Principum, quos propter suam dignitatem illustres esse constat. *Wesembec. consil. 40. num. 50. vbi ex. d. l. vnic. recte notat,* quod Professores juris, qui XX. annos docuerunt COMITVM dignitate potiantur. Hinc in Academia Salmanticensi in Hispania, item in Duacensi Flandriæ Acad. qui vigesimum annum expleuit in munere docendi, stipendio suo (immunis à legendo) quamdiu viuit fruitur, *Middend. lib. 7. de Acad. in cap. de Salmanticensi. Academia.*

XIV.

Hinc quamvis Professor itemque Doctor per substitutum legere non possit. *l. ult. ff. de excus. tut. l. i. §. ne autem. C. de carac. toll.* attamen quando XX. annorum spacio Doctor publica professione functus, illustris est factus, per substitutum profiteri potest. *l. nullus qui nexu 60. C. de decur. lib. 10. tit. 31.* Cuius l. hæc sunt verba, Hi verò decuriones, qui hono-
 „ rario titulo illustrem dignitatem sunt consecuti periculo suarum fa-
 „ cultatum, per substitutos curiæ muneribus satisfacere non vetentur.

XV.

Decimum quintum Priuilegium est, quod qui Doctorem Iuris vel Professore publicum cuiuscunque facultatis verberat, pulsat, vulnerat, vel iniuria afficit, tenetur *l. Iulia de vi publ. l. lege Iulia. 7. ff. ad l. Iul. de vi publ. in verb. oratorem. i. ut gl. interpretatur, artium vel legum Doctorem.*

Et hanc sententiam adhuc hodie in judicijs obseruari notat *Hartmann. ab Hartmanno in pract. Obseru. lib. 1. miscell. iuris civilis. c. 4.*

F I N I S.



